

Droits et Débats

**Santé et justice :
Quelles responsabilités ?
Dix ans après la loi du 4 mars 2002**

**Un colloque organisé par
le Conseil d'État et la Cour de cassation
les 20 et 21 octobre 2011**



Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

Les autorités administratives indépendantes (EDCE n° 52), 2001.

Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.

Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.

Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.

Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56), 2005.

Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.

L'administration française et l'Union européenne :

Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.

Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.

Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.

L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.

Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011

Les agences : une nouvelle gestion publique ? - étude annuelle 2012, n° 63

Collection « Les études du Conseil d'État »

Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine », 1999.

Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.

L'utilité publique aujourd'hui, 1999.

Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.

La norme internationale en droit français, 2000.

L'influence internationale du droit français, 2001.

La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.

Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.

Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.

L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.

Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.

Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.

Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.

Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national, 2007.

Le droit de préemption, 2008.

L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.

Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.

La révision des lois bioéthiques, 2009.

Les établissements publics, 2010.

Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.

Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.

Collection « Droits et Débats »

Le droit européen des droits de l'homme (n° 1), 2011.

Les développements de la médiation (n° 2), 2012.

La valorisation économique des propriétés des personnes publiques (n° 3), 2012.

La démocratie environnementale (n° 4), 2012.

Consulter autrement, participer effectivement (n° 5), 2012.



Sommaire

Acronymes.....	5
Avant-propos	7
Présentation des principales dispositions de la loi du 4 mars 2002 et des lois postérieures relatives aux relations patients-soignants et aux responsabilités liées aux soins.....	9
Programme général du colloque	13

Journée du 20 octobre 2011 à la Cour de cassation

Séance d'ouverture	17
1 ^{ère} table ronde : La réparation du dommage médical : responsabilité ou solidarité ?	31
Présentation des intervenants.....	32
Actes de la table ronde	34
Échanges avec les participants	69
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire.....	74
2 ^{ème} table ronde : Débats autour de la causalité	89
Présentation des intervenants.....	90
Actes de la table ronde	92
Témoignages et échanges avec les participants	117
Propos conclusifs	121
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire.....	122
3 ^{ème} table ronde : Le risque pénal et disciplinaire	137
Présentation des intervenants.....	138
Actes de la table ronde	140
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire.....	174

Journée du 21 octobre 2011 au Conseil d'État

Allocution d'ouverture.....	189
4 ^{ème} table ronde : L'indemnisation des préjudices.....	195
Présentation des intervenants.....	196
Actes de la table ronde	198
Propos conclusifs	223
Témoignages	224
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire.....	226
Nomenclature <i>Dintilhac</i>	248
Avis <i>Lagier</i>	249



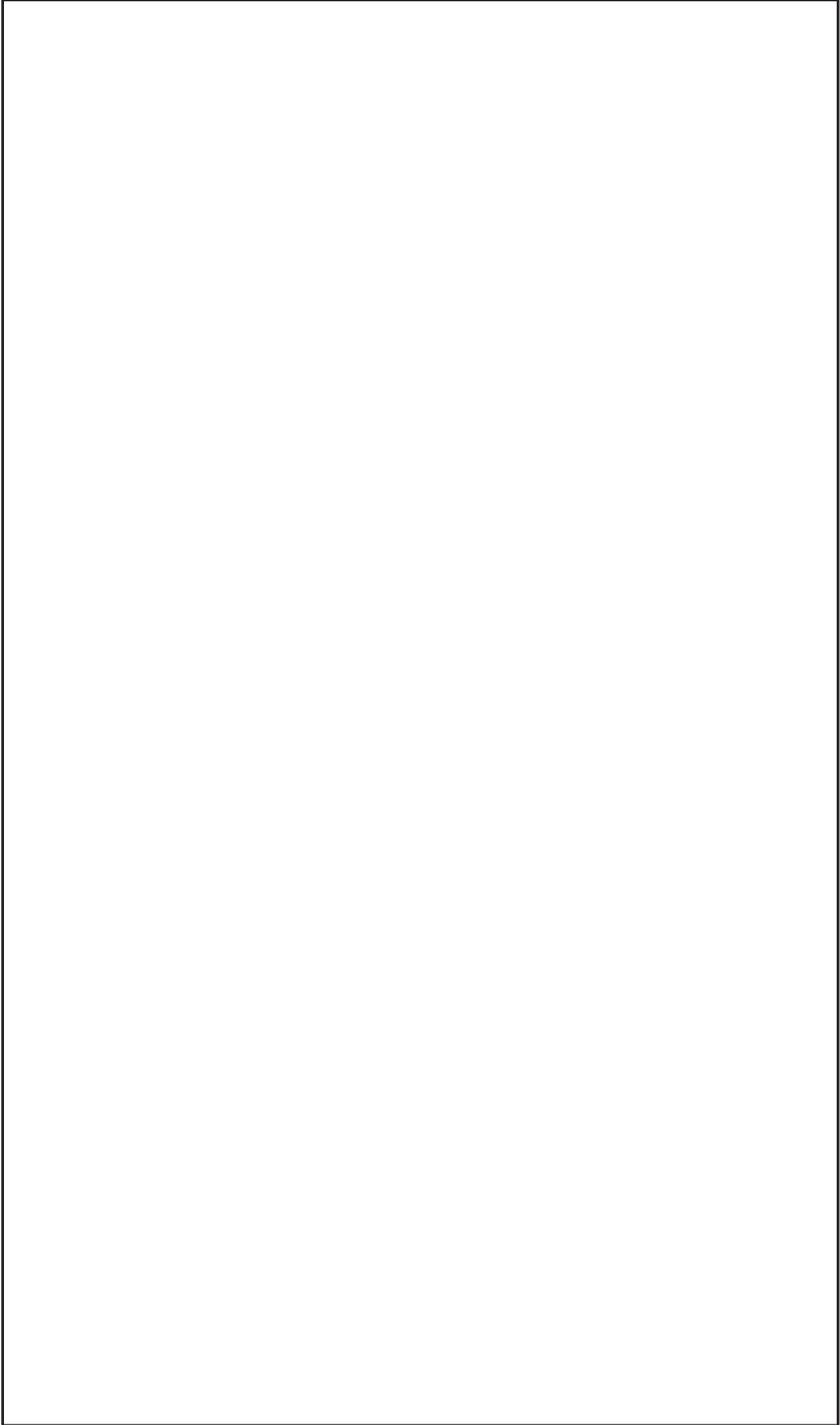
5 ^{ème} table ronde : L'information relative à la santé.....	251
Présentation des intervenants.....	252
Actes de la table ronde.....	254
Propos conclusifs.....	278
Témoignages et échanges avec les participants.....	279
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire.....	282
6 ^{ème} table ronde : Le rôle de l'expert médical.....	297
Présentation des intervenants.....	298
Actes de la table ronde.....	300
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire.....	324
Tableau de synthèse des préconisations de la commission de réflexion sur l'expertise.....	338
7 ^{ème} table ronde : Le juge face aux enjeux de santé publique.....	341
Présentation des intervenants.....	342
Actes de la table ronde.....	344
Témoignage.....	371
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire.....	373
Synthèse des propositions de la mission parlementaire d'information commune sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical.....	391
Séance de clôture.....	393



Acronymes

AFSSAPS	Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, remplacée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)
AMM	Autorisation de mise sur le marché
ARS	Agence régionale de santé
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CNAMed	Commission nationale des accidents médicaux
CRCI	Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux
FIVA	Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante
HAS	Haute Autorité de santé
HIV	<i>Human immunodeficiency virus</i> , virus de l'immunodéficience humaine
IPP	Incapacité permanente partielle
ITT	Incapacité totale de travail
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil Lebon
TCE	Troubles dans les conditions d'existence





Jean-Marc Sauvé
Vice-Président
du Conseil d'État

Vincent Lamanda
Premier Président
de la Cour de cassation

Jean-Claude Marin
Procureur général
de la Cour de cassation

Longtemps jurisprudentiel, le droit de la responsabilité médicale a été profondément modifié par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé.

Si cette loi n'a pas effacé les spécificités irréductibles aux contentieux des deux ordres de juridiction, tenant au cadre public ou privé dans lequel s'inscrit le litige, elle a en revanche créé les bases d'un nouveau régime commun.

La symétrie des approches, sinon la convergence de vues entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, de plus en plus évidente ces dernières années, en est la plus parfaite illustration.

Dans leurs rapports annuels de 2005 et 2007, le Conseil d'État et la Cour de cassation s'étaient séparément interrogés sur un droit qui a connu ces dernières années de fortes évolutions.

Dix ans après la loi de la promulgation de la loi du 4 mars 2002, les deux hautes cours ont décidé de prolonger leurs réflexions et de réunir leurs analyses sur les enjeux juridiques de la responsabilité médicale en organisant ensemble un colloque ouvert au monde universitaire et à celui des médecins, praticiens hospitaliers et assureurs.

Le choix de tenir le colloque « Santé et justice : quelles responsabilités ? » au sein même des deux juridictions, le 20 octobre à la Cour de cassation et le lendemain au Conseil d'État, témoigne symboliquement de cette volonté commune.

Outre l'identification et la compréhension des points de concordances et de divergences de jurisprudences entre les deux ordres de juridiction, ces deux journées ont eu pour ambition de dégager des pistes nouvelles de rapprochement en tenant compte des sujétions médicales, des préoccupations de santé publique et des impératifs juridiques qui s'imposent dans l'élaboration du droit de la responsabilité médicale.

Organisées en sept tables rondes, animées par des conseillers d'État et des conseillers et avocats généraux de la Cour de cassation et réunissant différents professionnels de la santé et du droit comptant parmi les plus éminents spécialistes de la responsabilité médicale, ces deux journées ont permis de traiter en profondeur les questions les plus actuelles et prégnantes de la matière.

Ces tables rondes ont également été l'occasion d'une confrontation féconde et d'échanges nourris entre ces différents professionnels.

Dans un contexte marqué par l'essor d'une médecine de plus en plus spécialisée, la pluridisciplinarité des soins et l'apparition de nouveaux risques sanitaires, ces deux journées ont mis en évidence la réussite des voies amiables de règlement des litiges, la nécessaire prise en charge par la solidarité nationale des préjudices les plus graves ainsi que la sécurisation des parcours des soins en améliorant l'information du patient et la recherche de son consentement.

Les riches débats sur la faute médicale et le lien de causalité en droit administratif, civil ou pénal ont enfin montré combien la réponse juridique devait être éclairée par la science médicale.

On ne peut que souligner la complète harmonie qui a présidé à l'organisation de ce colloque et la qualité du travail scientifique préparatoire qui a trouvé sa parfaite expression dans la mise au point du dossier remis aux participants le jour du colloque. Elle s'est à nouveau manifestée lors de la rédaction des actes que nous avons le privilège de présenter.

Cet événement réussi ouvre à n'en pas douter la voie à de nouvelles entreprises conjointes du Conseil d'État et de la Cour de cassation dans l'examen de questions juridiques qui leur sont communes.



Présentation des principales dispositions de la loi du 4 mars 2002 et des lois postérieures relatives aux relations patients-soignants et aux responsabilités liées aux soins

I. La loi du 4 mars 2002

La loi du 4 mars 2002 a consacré les droits de la personne malade en particulier en matière d'information, de prise de décisions la concernant et de qualité des soins ou encore de protection des données personnelles, donnant ainsi un réel statut au patient.

Elle a fixé les principes de la responsabilité médicale et unifié les régimes de responsabilité des professionnels de santé et des établissements, organismes et services de santé publics et privés qui avaient préalablement connu d'importants rapprochements.

Elle a ainsi affirmé le principe d'une responsabilité essentiellement fondée sur la faute tout en réservant le cas où leur responsabilité est encourue au titre du défaut d'un produit de santé, celle-ci demeurant régie par la loi du 19 mai 1998 sur les produits de santé défectueux, transposée aux articles 1386-1 du code civil. Elle a aussi prévu une responsabilité de droit en matière d'infections nosocomiales contractées dans des établissements de santé.

Les droits et devoirs des patients, des professionnels et des établissements de santé ne dépendent donc plus du cadre dans lequel les soins sont prodigués.

Elle a institué en matière de responsabilité médicale une prescription unique de 10 ans à compter de la consolidation du dommage.

Elle a créé un dispositif de règlement amiable et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes et d'infections nosocomiales les plus graves, confié aux commissions régionales d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI) et à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) et instauré une expertise spécifique en matière d'accidents médicaux.

Elle a soumis les professionnels de santé exerçant à titre libéral et les établissements, services et organismes de santé, à une obligation d'assurance assortie de sanctions pénales.

Elle a enfin soumis à des dispositions spécifiques l'indemnisation du préjudice lié à la naissance d'un enfant dont le handicap n'a pas été décelé à la suite d'une faute et l'indemnisation des dommages liés à des contaminations transfusionnelles par le virus de l'hépatite C.

II. Les lois postérieures

Différentes dispositions ont été adoptées, complétant et aménageant les règles posées par la loi du 4 mars 2002 ou soumettant la réalisation d'actes médicaux à certaines conditions.

La loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 sur la responsabilité civile médicale a notamment prévu une indemnisation au titre de la solidarité nationale des infections nosocomiales les plus graves, malgré la responsabilité de l'établissement de santé. Elle a également chargé l'ONIAM de l'indemnisation des dommages dus à l'hormone de croissance. Elle a prévu en matière d'assurance que la garantie serait due en principe par l'assureur à la date de la réclamation et non du fait générateur et précisé les conditions d'application dans le temps des dispositions de la loi du 4 mars 2002 relatives à la réparation des conséquences des dommages.

La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique a, en particulier, fixé certaines limites en matière de recherches et un cadre à la réalisation d'exams spécifiques tout en tenant compte des nouvelles avancées médicales et scientifiques.

La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel a soumis l'hébergement et le traitement de données de santé à caractère personnel ainsi que leur accès et leur publication ou diffusion à différentes conditions.

La loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique a en particulier confié à l'ONIAM l'indemnisation des dommages consécutifs à des vaccinations obligatoires et aux contaminations par le VIH et renforcé la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales. Elle a en outre prévu la création d'un fonds de financement des actions nécessaires à la préservation de la santé de la population en cas de menace sanitaire grave.

La loi n° 2004-810 du 13 août 2004 sur l'assurance maladie a notamment créé la Haute Autorité de santé, et un observatoire des risques médicaux et instauré un dossier médical personnel.

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées comprend certaines dispositions visant à compenser les conséquences de leur handicap.

La loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie a déterminé dans quelles conditions des actes de prévention, d'investigation ou de soins pouvaient être limités.

La loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 a fixé les conditions de recours des tiers payeurs et prévu un droit de préférence pour la victime.



La loi n° 2008-330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale a transféré à l'ONIAM la mission d'indemniser les victimes de contaminations par le VHC d'origine transfusionnelle et prévu que dans les procédures en cours à la date d'entrée en vigueur de cet article et n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable, l'ONIAM serait substitué à l'EFS et disposerait d'un recours subrogatoire à l'encontre de l'EFS en cas de faute.

La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a notamment créé les agences régionales de santé.

La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a encadré les conditions de réalisation des examens des caractéristiques génétiques et l'information de la personne et des membres de sa famille, en cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave. Elle a autorisé sous certaines conditions les dons croisés d'organes entre personnes vivantes, les prélèvements de cellules du cordon et du placenta, interdit la création d'embryons transgéniques ou chimériques et la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches, sauf si plusieurs conditions sont réunies.

La loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificatives pour 2011 a notamment créé une procédure amiable spécifique, gérée par l'ONIAM dans le but de faciliter l'indemnisation des victimes de dommages liés au Benfluorex.



Programme général du colloque

1^{ère} journée – 20 octobre 2011, à la Cour de cassation

9 h 30 – 10 h 30 - Séance d'ouverture

Xavier Bertrand, ministre du travail, de l'emploi et de la santé
Vincent Lamanda, Premier président de la Cour de cassation
Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation

10 h 30 -12 h 30 - Table ronde n° 1 : La réparation du dommage médical : responsabilité ou solidarité ?

Présidente : **Frédérique Dreifuss-Netter**, conseillère à la 1^{ère} chambre civile, Cour de cassation

Intervenants : **Guénhaël Huet**, député de la Manche
Dominique Martin, directeur de l'ONIAM
Jean-Philippe Thiellay, rapporteur public à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux, Conseil d'État

14 h 00 – 15 h 30 - Table ronde n° 2 : Débats autour de la causalité

Président : **Didier Tabuteau**, conseiller d'État, co-directeur de l'Institut droit et santé de l'université Paris V - René Descartes

Intervenants : **Mireille Bacache-Gibeili**, professeur de droit à l'université Paris V - René Descartes
Didier Chauvaux, assesseur à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux, Conseil d'État
Didier Houssin, médecin, ancien directeur général de la santé
Didier Le Prado, président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation
Jean-Dominique Sarcelet, avocat général à la 1^{ère} chambre civile, Cour de cassation

15 h 45 – 17 h 30 - Table ronde n° 3 : Le risque pénal et disciplinaire

Président : **Christian Raysseguier**, Premier avocat général à la chambre criminelle, Cour de cassation

Intervenants : **Henri Blondet**, conseiller à la chambre criminelle, Cour de cassation
Catherine Champrenault, procureur de la République du tribunal de grande instance d'Avignon, ancienne magistrate du pôle de santé publique
Jean-Marie Faroudja, médecin, membre de la chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins
Georges Holleaux, avocat à la Cour – Paris
Anne-Françoise Roul, assesseur à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux, Conseil d'État ; présidente suppléante de la chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins

2^{onde} journée – 21 octobre 2011, au Conseil d’État

9 h 30 – Allocution d’ouverture

Olivier Dutheillet de Lamothe, président de la section sociale,
Conseil d’État

9 h 45 – L’indemnisation des préjudices

Présidente : **Sylvie Hubac**, présidente de la 5^{ème} sous-section
de la section du contentieux, Conseil d’État

Intervenants :

Domitille Duval-Arnauld, magistrate chargée des fonctions de maître
des requêtes à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux,
Conseil d’État

Sabine Gibert, directrice juridique de l’ONIAM

Nicolas Gombault, directeur général de la société médicale d’assurances
et de défense professionnelles Le Sou médical

Marianick Lambert, secrétaire général du collectif interassociatif
sur la santé

Jean Mazars, doyen de la 2^{ème} chambre civile, Cour de cassation

11h 30 – L’information relative à la santé

Président : **François Stasse**, président adjoint de la section sociale du Conseil d’État

Intervenants

Alain Cordier, membre de la Haute Autorité de santé

Marc Dupont, directeur adjoint des affaires juridiques à l’APHP,
chargé d’enseignement à l’université Paris V - René Descartes

Sophie Hocquet-Berg, professeur de droit à l’université de Metz

Catherine de Salins, déléguée aux affaires juridiques du ministère du
travail, de l’emploi et de la santé

Pierre Sargos, président de chambre honoraire à la Cour de cassation

14 h 15 – Le rôle de l’expert médical

Président : **Dominique Loriferne**, président de la 2^{ème} chambre civile,
Cour de cassation

Intervenants :

Philippe Biclet, expert près la cour d’appel et la cour administrative
d’appel de Paris

Annick Feltz, présidente de commissions régionales de conciliation
et d’indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes
et des infections nosocomiales

Sylvia Mille, présidente de chambre à la cour administrative d’appel
de Paris

Rémi Pellet, professeur de droit à l’université Lille II et directeur d’études
à Sciences Po

15 h 45 – Le juge face aux enjeux de santé publique

Président : **Christine Maugué**, présidente de la 6^{ème} sous-section de la section du contentieux, Conseil d'État

Intervenants :

Jean-Louis Gallet, conseiller à la 1^{ère} chambre civile, Cour de cassation

Anne Laude, professeur à l'université de Paris V – René Descartes

Dominique Maraninchi, directeur général de l'AFSSAPS

Philippe Ranquet, membre de la section sociale

et de la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux, Conseil d'État

17 h 15 – séance de clôture

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État





Journée du 20 octobre 2011 à la Cour de cassation

Séance d'ouverture

Discours de Xavier Bertrand

Ministre du travail de l'emploi et de la santé

Ministre de l'emploi, du travail et de la santé depuis novembre 2010, Xavier Bertrand a été ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité de mars 2008 à janvier 2009, ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité de mai 2007 à mars 2008, ministre de la santé et des solidarités de juin 2005 à mars 2007, et secrétaire d'État à l'Assurance maladie, de mars 2004 à mai 2005. Maire de Saint-Quentin (Aisne) depuis octobre 2010, Xavier Bertrand a été vice-président de la communauté d'agglomération de Saint-Quentin de mars 2001 à mars 2008, et adjoint au maire de Saint-Quentin de juin 1995 à octobre 2010. Il a également été député de l'Aisne de 2002 à avril 2004 et de février 2009 jusqu'à son retour au Gouvernement en novembre 2010 puis secrétaire national de l'UMP en charge des débats (notamment celui de la réforme des retraites) de janvier 2003 jusqu'à mars 2004, secrétaire général adjoint de l'UMP, d'avril 2008 à janvier 2009, puis secrétaire général de l'UMP, de janvier 2009 à novembre 2010, et porte-parole de la campagne présidentielle de Nicolas Sarkozy de janvier à mai 2007.

M. le vice-président du Conseil d'État,
M. le Premier président de la Cour de cassation,
M. le procureur général près la Cour de cassation,
M. le député,
Mesdames et Messieurs,

Oui il est important pour moi, en tant que ministre de la santé, de participer, plutôt d'ouvrir votre colloque parce que le sujet que vous avez choisi : « *Santé et justice : quelles responsabilités ?* » est au cœur des priorités de mon ministère pour diverses raisons.

2011 est l'année des patients et de leurs droits. Près de dix ans après la loi Kouchner du 4 mars 2002, je pense que ce colloque est non seulement l'occasion de faire le point pour voir où nous en sommes mais il est aussi, à mes yeux, une contribution à la préparation en cours d'un nouveau texte sur les droits des patients. Dans cette perspective, les travaux que vous ferez pendant ces deux jours vont être éclairants d'un point de vue juridique ; ils aborderons aussi les évolutions de la société, celles qui ont déjà eu lieu, certainement sous les effets de cette loi, mais aussi celles à venir, que nous devons accompagner en anticipant ses mouvements. Voilà pourquoi il me semble aujourd'hui indispensable qu'une nouvelle loi sur les droits des patients intervienne dix ans après la loi Kouchner.

J'interviens devant vous en tant que ministre de la santé, j'interviens également, modestement, en tant que juriste de formation auquel ces questions ne sont pas totalement étrangères, pas totalement inconnues et vous me permettrez aussi de le faire en tant que patient, usager du système de santé. Chez moi, l'élu local n'est jamais loin du ministre, le patient que je suis n'est jamais très éloigné du ministre également. La responsabilité médicale est l'un des sujets sur lequel le dialogue, et le dialogue des juges, est particulièrement nécessaire. Bien évidemment, plusieurs juges sont souvent concernés pour une même affaire : justice civile, justice administrative, justice pénale. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire que les deux ordres de juridiction se parlent, que le juge administratif et le juge judiciaire se parlent. Pour moi, ce colloque est une preuve concrète de ce dialogue des juges au plus haut niveau. Tout l'intérêt de ce colloque ne se trouve pas seulement entre juges, cela constitue la force et la richesse de cet échange en ce lieu.

La responsabilité en matière de santé est un sujet qui concerne les magistrats, les juristes – ils sont nombreux ici – mais surtout l'ensemble des acteurs du monde de la santé qui ne se sont pas trompés, qui sont présents, dès ce matin. Les différents intervenants à votre colloque le démontrent, si je me lance dans un inventaire, je prends le risque, mesuré, d'en oublier certains, mais que ce soit Dominique Martin, l'ancien directeur de l'ONIAM, Didier Houssin, l'ancien directeur général de la santé, Dominique MARANACHI, le directeur général de ce qui est encore l'AFSSAPS avant de devenir l'agence de sécurité du médicament, Claude Evin et que ce soient aussi les représentants de la Haute Autorité de santé, de l'ordre des médecins, des compagnies d'assurances, des universitaires, et bien sûr, des associations de victimes et de patients.

Je voudrais tout d'abord vous faire part d'une conviction : en matière de démocratie sanitaire, la loi Kouchner du 4 mars 2002 a représenté une avancée considérable. Cette loi a consacré les droits des personnes malades, en particulier, en matière d'information, de qualité des soins ou encore de protection des données personnelles. Mais ce qui est moins connu et tout aussi important dans cette loi est l'avancée réalisée en matière de responsabilité médicale car la loi a unifié les régimes de responsabilité des professionnels de santé et des établissements, organismes de santé publics comme privés. Il y a là aussi à affirmer le principe de responsabilité essentiellement fondé sur la faute. Est prévue une responsabilité de droit en matière d'infections nosocomiales contractées avec des établissements de santé. Cela semble tellement évident aujourd'hui mais en 2001, avant la loi Kouchner, cela l'était beaucoup moins. Enfin, je voudrais insister sur ce dernier point : cette loi présente une avancée considérable parce qu'elle a créé un dispositif de règlement amiable et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes et d'affections nosocomiales les plus graves. Cette indemnisation, vous le savez, est confiée aux Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, les fameux CRCI, et à l'Office national des indemnisations des accidents médicaux dont nous avons tant parlé, et pour cause, depuis de nombreux mois.

C'est une avancée pour les patients parce que, quand on est victime d'un accident médical, ce que l'on veut c'est que les responsabilités soient identifiées, que la



procédure soit simple et rapide, et que l'on puisse être indemnisé tout aussi correctement et tout aussi rapidement. Voilà pourquoi la création des voies amiables à côté des voies contentieuses est une réponse adaptée. J'ai bien dit « à côté » des voies contentieuses, non « à la place ». J'en veux pour preuve les chiffres : selon l'Observatoire des risques médicaux cette année, 70 % des dossiers sont réglés par voie amiable, 30 % par voie juridictionnelle. Il y a aujourd'hui près de 30 000 demandes déposées devant les CRCI et l'ONIAM verse aujourd'hui près de 100 millions d'euros d'indemnisation aux victimes. La preuve que cela fonctionne, et que cela fonctionne bien, est qu'on a peu à peu confié à l'ONIAM de nouvelles missions. L'indemnisation des victimes de VIH transfusionnel, l'indemnisation des victimes de vaccinations obligatoires, l'indemnisation des victimes de mesures sanitaires d'urgence, en l'occurrence, la question de la vaccination, dans certains cas, contre la grippe HAN1, l'indemnisation des victimes du VHC transfusionnel et, tout récemment, nous avons créé par la loi de finances rectificative pour 2011, une procédure spécifique gérée par l'ONIAM pour l'indemnisation des victimes du Médiateur.

Je pense que nous devons maintenant nous poser une autre question tout aussi légitime : faut-il aller au-delà et, plus largement, au-delà de la loi du 4 mars 2002 ? Je l'ai dit, cette question, nous devons nous la poser aujourd'hui, non seulement parce que la société a changé, non seulement parce que la société va continuer à changer, mais aussi parce que le drame du Médiateur nous a montré que nous devons encore progresser sur ce sujet. L'élan insufflé par cette loi, que je qualifierais de fondatrice, est important et je pense donc qu'il doit être poursuivi. On peut en penser ce que l'on veut mais c'est un fait : sans même parler de la pression médiatique, les victimes sont de plus en plus désireuses d'obtenir une indemnisation rapide. Et nous devons en tenir compte. De plus, cette demande est légitime et juste.

Bien évidemment, les sujets sont complexes. Il ne faut pas confondre vitesse et précipitation. Bien évidemment, les responsabilités sont souvent multiples, les causalités sont parfois hasardeuses. Tout cela prend du temps et je sais également que la justice, pour être menée sereinement, réclame du temps. Je le sais.

Mettons nous aussi un instant du côté des victimes : ce qui les intéresse ce sont des réponses à quelques questions simples. Qui est responsable ? Quand vais-je obtenir réparation ? Quand vais-je être indemnisé ? Comment vais-je être indemnisé ? Sur ce point, il faut reconnaître collectivement que les réponses apportées peuvent paraître inadaptées parfois mais, en tout état de cause, je pense que nous pouvons prendre en compte cette nécessité de progresser. Je le dis : cela peut paraître inadapté, je sais que la prudence m'impose d'être très précis mais c'est la question de l'hormone de croissance, par exemple.

Ensuite, ce sujet de la responsabilité interpelle également les professionnels de santé. C'est toute la question de la responsabilité civile des professionnels de santé qui suscite, depuis plusieurs années, des débats et des craintes fondées de la part des professionnels concernés qui sont confrontés aujourd'hui, à la fois, à trop de garanties dans la mesure où les couvertures d'assurance sont limitées, et en



montant et en durée, et à l'augmentation régulière du coût des primes d'assurance, notamment pour les médecins exerçant une spécialité à risques. Mais si vous me le permettez, comme à chaque fois maintenant, l'on parle de spécialités, tous les professionnels de santé peuvent être concernés. Je me suis battu sur ce dossier de la responsabilité civile médicale et j'irai jusqu'au bout avec une application et des décrets qui sont en train d'être préparés pour le 1^{er} janvier de l'année 2012. Même si une partie, pour des raisons de forme, a été rejetée, tout sera repris dans différents textes pour que tout soit opérationnel au 1^{er} janvier. La raison toute simple en est que nous avons besoin d'apporter une réponse d'ensemble, une réponse globale afin de redonner de la sérénité, notamment dans l'exercice médical. Il faut donc une réponse consensuelle, c'est le cas, durable, c'est le cas, et aussi cela passe par la mise en place d'un dispositif de nature publique, financé par l'ensemble des professionnels de santé libéraux, un fonds de garanties dont la gestion sera confiée à la Caisse centrale de réassurance. Cela passe également par une amélioration de la prévisibilité des montants des sinistres de façon à limiter la croissance des primes et au-delà, du plafond d'assurance, les charges d'indemnisation que le fonds sera susceptible de supporter. Ce dispositif avait été voté dans la proposition de loi Fourcade mais le Conseil constitutionnel l'a censuré pour des raisons, je le répète, qui sont de forme. Ce dispositif est donc introduit à nouveau dans le projet de loi de finances actuellement en discussion au Parlement. Il est vrai que ce n'est pas un texte présenté dans un seul texte de loi parce que je veux aller plus vite. Et, qu'entre les différents aspects, on aura bien au final un dispositif global et complet. Je ne laisserai pas perdurer des carences de garanties si je veux une réponse globale.

Je veux saluer aussi l'attitude des professionnels de santé qui ont compris que ceux qui n'étaient pas parmi les spécialités les plus visées avaient aussi tout intérêt à avoir cette mutualisation car c'est un dispositif qui ne nous donnera pas une réponse pour deux ou trois ans mais, à mon sens, pour des années et des années. Pour une décennie sinon plus, et ensuite, le système reposera toujours sur les mêmes bases.

Enfin, le dossier du Médiateur nous montre qu'il est peut être temps de faire aussi un bilan global de cette loi. J'ai vu concrètement avec le Médiateur que les procédures d'indemnisation pouvaient encore progresser, devaient encore progresser. Il nous a fallu l'adoption d'un texte, dans le cadre d'une loi de finances rectificative, adopté à l'unanimité du Parlement, c'est suffisamment rare pour que le signale. Mais nous avons bien vu que, bien évidemment, la justice suivra son cours. Le rôle du juge est indispensable pour établir les responsabilités. Mais s'il ne s'agit pas de déterminer des responsabilités à la place du juge sur le fond, il ne s'agit pas non plus de faire payer la solidarité nationale, et donc les contribuables, à la place des responsables.

Ce qui m'a préoccupé le plus dans ce dossier est de tout mettre en œuvre pour permettre une indemnisation juste et rapide des victimes. C'est toute la logique du dispositif mis en place auprès de l'ONIAM, qui, à l'heure où je vous parle, a déjà reçu plus de 2 800 demandes d'indemnisation. Voilà pourquoi, il y avait un réel besoin et que la mise en place de ce fonds Mediator prévu par la loi nous montre bien comment nous pouvons progresser en la matière.



Donc, il convient maintenant d'engager une nouvelle étape et de se poser plusieurs questions. Le dispositif existant permet-il de faire face à l'ensemble des situations ? Permet-il dans tous les cas une indemnisation juste et rapide des victimes sans avoir besoin de textes *ad hoc* ? La place des victimes et des associations de victimes est-elle bien suffisante dans le système actuel ? Autant de questions qui sont dans le débat public. Si je pouvais rester plus longtemps avec vous, j'apporterais des réponses. Mais vous avez compris quel est l'esprit des réponses que j'apporterai.

Pour ma part, je pense que la loi du 4 mars 2002 a permis de nombreuses avancées pour les droits et les personnes malades. Mais nous devons encore garantir de nouvelles avancées. Nous ne devons pas faire du suivisme mais nous devons tenir compte des évolutions de notre société, des attentes de la société et voir comment nous pouvons progresser. C'est bien mon intention dans les mois qui viennent avec l'ensemble des acteurs concernés, avec l'ensemble des magistrats et des acteurs judiciaires de ce dossier.

J'ai beaucoup parlé des acteurs de santé, beaucoup parlé également des acteurs que sont les associations de patients. J'aimerais pouvoir y associer aussi les acteurs médiatiques. Parce qu'à mon avis, c'est aussi important. Je voudrais, juste pour terminer, vous dire qu'il y a une logique qui prend aussi toute sa place : le principe de précaution.

Certains ont pensé qu'il devait surtout intervenir dans le domaine de l'environnement. J'ai eu l'occasion de le dire, de le mettre en avant dans le cadre de la santé également avec le cas du Bisphénol A. Je pense tout à fait légitime, sur toutes ces questions, de raisonner avec ces éléments.

Les phantasmes ou les peurs ne doivent pas être pris en compte : cela n'est pas notre rôle. Notre responsabilité n'est pas d'aller dans ce sens. A partir du moment où des éléments précis, objectifs, indépendants, sont mis à notre disposition, à notre connaissance, il faut savoir ne pas tergiverser, ne plus tergiverser. Ce principe de précaution est essentiel. C'est ce principe de précaution que j'ai pris en compte pour, non seulement, donner un avis favorable à une proposition de loi. Quelle que soit l'origine de cette proposition de loi, quelle que soit la sensibilité de celui qui l'avait déposée et même d'aller plus loin en disant qu'on pouvait appliquer les choses beaucoup plus tôt. C'est ce principe de précaution que j'applique au domaine de la santé. Certains m'en font le reproche. A mes yeux, c'est bien évident dans le domaine de la santé. Cela constitue un sujet de réflexion. Si votre colloque nourrit cette réflexion, j'en serais particulièrement heureux. Je ne fais, cependant, qu'ouvrir des pistes car le sujet est vaste, j'en ai bien conscience. Durant ces deux jours de colloque, vous allez, je pense, apporter des éléments de réflexion mais, j'en suis persuadé, ouvrir de nouvelles perspectives pour qu'ensemble nous puissions mieux répondre aux attentes des patients, veiller à faire respecter leurs droits et continuer à construire une société qui, sur ces questions de santé, soit à la fois la plus juste possible et garantisse le meilleur équilibre possible. C'est notre intérêt à tous, c'est l'intérêt des Français, c'est l'intérêt de la société française. Je vous remercie.



Discours de Vincent Lamanda,
Premier président de la Cour de cassation

Vincent Lamanda est le Premier président de la Cour de cassation depuis le 4 mai 2007.

Substitut du procureur de la République à Evry-Corbeil (23 mai 1972), substitut du procureur de la République à Versailles (29 avril 1974) et conseiller technique du garde des Sceaux (4 juin 1974), substitut au Service de documentation et d'études de la Cour de cassation (28 mai 1976), mis à la disposition des services du Premier ministre comme rapporteur du Comité d'études sur la violence (3 juin 1976), chef de cabinet du garde des Sceaux (11 mai 1977), membre du Comité d'application du rapport sur la violence (1977), chargé d'enseignement à l'université Paris-II (Histoire des idées et des doctrines criminologiques ; procédure pénale et pratique des parquets) de 1977 à 1994. Membre du Comité de rédaction de la Revue de sciences criminelles (1978-1988), conseiller technique du garde des Sceaux, (24 avril 1978), conseiller référendaire à la Cour de cassation (31 mai 1979), secrétaire du Conseil supérieur de la magistrature (22 janvier 1981), réintègre la Cour de cassation (août 1981) comme conseiller référendaire à la chambre criminelle, puis à la première chambre civile et, parallèlement, chargé de mission auprès des premiers présidents successifs Robert Schmelck et Simone Rozes, vice-président au tribunal de grande instance de Paris (10 juin 1986), président du tribunal de grande instance de Bordeaux (4 juillet 1988), premier président de la Cour d'appel de Rouen (31 décembre 1992), président de la Commission de l'informatique du ministère de la Justice (septembre 1994-décembre 1995), premier président de la Cour d'appel de Versailles (depuis le 23 août 1996), membre du Conseil supérieur de la magistrature (4 juin 2002-3 juin 2006).

Monsieur le ministre du travail, de l'emploi et de la santé,
Monsieur le procureur général près la Cour de cassation,
Monsieur le président de l'Ordre des avocats aux conseils,
Mesdames et Messieurs,

C'est un privilège pour moi d'ouvrir avec vous, ce colloque qui célèbre, avec quelque avance sur le calendrier, le dixième anniversaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, en mettant l'accent sur l'un des apports principaux de ce texte d'envergure : l'indemnisation des accidents médicaux.

Monsieur le ministre, comment ne pas être sensible à ce que votre première visite en notre Cour, coïncide avec cette rencontre qui se poursuivra demain au Conseil d'État. Nous y voyons un signe fort de l'importance accordée aux thèmes qui vont être abordés pendant ces deux jours et dont l'ensemble constitue, tant pour les universitaires que les praticiens, mais aussi les pouvoirs publics et la société civile, un sujet constant de réflexion et de débats parce que c'est un enjeu majeur pour notre société.

L'action du législateur en porte témoignage, qu'il s'agisse de la loi du 9 août 2004 sur la politique de santé publique, de celle du 22 avril 2005 relative aux droits des malades en fin de vie ou plus récemment encore, de la loi «Hôpital, Patients, Santé et Territoires» adoptée le 21 juillet 2009.

Rien n'est plus actuel, rien n'est plus essentiel que les droits des malades et la qualité du système de soins.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation en sont pleinement conscients. Cette rencontre, en forme de premier bilan, est donc placée sous les regards croisés des juges judiciaires et de ceux de l'ordre administratif qui ont réuni autour d'eux, les meilleurs spécialistes du droit et de la santé.

Ces deux journées illustrent la fécondité des relations que la Cour de cassation a tissées avec le Conseil d'État. Elles sont aussi l'expression de la volonté des deux institutions d'œuvrer pour qu'une concertation, aussi fructueuse que celle qui a précédé l'adoption de la loi du 4 mars 2002, s'instaure à la faveur de ce dixième anniversaire.

Le texte de 2002 apporte aux multiples questions, suscitées de longue date par la responsabilité médicale, une réponse en forme de triptyque :

1. Dans ce qui pourrait en être l'élément central, il réaffirme l'importance décisive de la faute en posant en principe, qu'elle engage la responsabilité des médecins et des hôpitaux et qu'elle s'étend pour les établissements de santé aux défauts dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier ; sauf exceptions, la responsabilité médicale n'a donc pour fondement que la faute prouvée ;

2. En écho aux autres dispositions de la loi qui entendent placer le malade au cœur du système de santé, un premier volet prend en compte les attentes des patients victimes d'un accident médical. Ces derniers comme leurs ayants-droit sont légitimement soucieux de voir traiter leur demande d'indemnisation dans les meilleurs délais et sans devoir exposer des frais dissuasifs. À cette fin, la loi crée une procédure de règlement amiable devant des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation¹. Il est important de rappeler, que la saisine de la commission ne constitue pas un recours préalable à l'action en Justice ; elle l'exclut d'autant moins, que les seuils à franchir pour voir la demande considérée comme recevable, sont fixés à un niveau assez élevés ;

3. L'apport peut-être le plus innovant est contenu dans le second volet du triptyque qui instaure l'indemnisation de l'accident médical sans faute, ou aléa thérapeutique. Cette disposition dont l'ONIAM² assure la prise en charge financière, remédie à une situation profondément insatisfaisante. En effet, avant la loi, les droits des patients différaient selon que le lieu de survenance de l'accident médical était un établissement privé de santé ou un hôpital public. Tandis que la jurisprudence administrative admettait l'indemnisation de l'aléa dans de rares cas,

1 CRCI : Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.

2 ONIAM : Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

d'une extrême gravité, la Cour de cassation considérait que la réparation de l'aléa thérapeutique ne pouvait entrer dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient. Cette situation était aussi une source d'inquiétude au sein du corps médical. Les professionnels redoutant que les juridictions soient enclines à caractériser une faute à leur encontre, à seule fin d'indemniser des victimes ou leurs ayants-droit.

A l'heure d'un premier constat, ces deux journées de débats et d'échanges devraient permettre d'examiner si la réponse apportée par le législateur il y a plus de neuf années est toujours en harmonie avec les attentes qu'elle avait suscitées, à la fois chez les patients et leurs associations, mais aussi au sein du monde médical.

On peut aussi se demander si la loi est parvenue à tempérer le développement du contentieux de la responsabilité médicale, en favorisant la conciliation et une plus grande homogénéité des décisions des deux ordres de juridiction, garante de plus d'égalité entre les patients et les justiciables ?

Telles sont quelques unes des multiples réflexions que suscite le bilan d'une décennie de mise en œuvre d'un texte qui a modifié en profondeur les relations entre les patients et les professionnels de santé, quel que soit leur mode d'exercice.

Les lois durables sont celles qui tiennent les forces antagonistes dans le meilleur état d'harmonie, en plaçant la personne humaine au centre de leur dispositif.

A la lumière, des interrogations contemporaines sur le risque et la garantie, vos travaux devraient permettre de tracer de nouvelles perspectives ; puissent-ils ouvrir grand la voie vers plus de sécurité et de justice.

C'est en tout cas le vœu que je forme, non sans vous avoir auparavant souhaité, la plus cordiale bienvenue en notre Cour.



Discours de Jean-Claude Marin
Procureur général près la Cour de cassation

Nommé en 1977 substitut puis premier substitut près le tribunal de grande instance de Pontoise, Jean-Claude Marin a ensuite occupé les fonctions de chef du service juridique et de secrétaire général de la commission des marchés à terme de marchandises de 1985 à février 1988. Premier substitut puis chef de la section financière du parquet de tribunal de grande instance de Paris, il est devenu en janvier 1995 procureur de la République adjoint en charge de la division économique et financière et a contribué à la création du pôle financier auprès de cette juridiction. Nommé le 2 mai 2001 avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, puis directeur des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice en août 2002, il devient procureur de la République de Paris de 2004 à 2011 avant d'occuper les fonctions de Procureur général près la Cour de cassation depuis le 16 septembre 2011.

Monsieur le Premier président,
Monsieur le vice-président du Conseil d'État,
Monsieur le député,
Monsieur le directeur de l'Agence régionale de santé,
Mesdames et messieurs les présidents des tables rondes et intervenants,
Chers publics,

Les propos tenus propos à l'instant même, par le ministre de la santé témoignent de l'importance qui s'attache à l'examen des relations toujours plus étroites qui unissent Santé et Justice.

Cette préoccupation, le Conseil d'État et la Cour de cassation, par l'intermédiaire de son parquet général, l'ont partagée il y a plus d'un an, conscients de la nécessité de pencher un double regard, celui des deux ordres de juridiction, sur l'évolution de ces relations.

*

Trop souvent en effet, c'est par une ignorance navrante que l'on oppose le monde de la Santé à celui de la Justice.

Aussi fausse que l'image déformée d'une Justice sans regard sur la médecine – faut-il ici rappeler que ses yeux bandés sont avant tout le signe de son impartialité... est celle du caducée d'Hermès qui rendrait son détenteur intouchable en oubliant que ce sceptre symbolise avant tout sa mission d'assistance auprès des humains.

L'actualité abonde d'exemples où les rapports Santé et Justice sont ainsi réduits à un face à face nourri de sensationnel dont les médias se font l'écho à bon compte.

« *Les robes noires accusent les blouses blanches* » pour ne reprendre qu'un de ces titres choc et absurde.

Cette vision déformée, que je récusé bien évidemment, repose sur la croyance d'une confrontation inévitable entre deux univers antagonistes, trop immatures pour apprendre à se connaître.

Il faut peut-être rechercher dans la singularité de la relation du malade avec son médecin les prémisses de cette incompréhension et de ces présupposés.

En présentant son corps, ses souffrances, ses tourments, l'homme malade se livre tout entier et en confiance à celui dont il attend espoir de guérison.

D'abord magicien et thaumaturge dans les temps les plus lointains, le médecin recelait en lui-même une part de mystère et de sacré.

L'étymologie latine du mot médecin, les codes et les pratiques médicales, à l'origine ritualisés, ont conservé la trace de cette généalogie.

Si le guérisseur a peu à peu quitté cet empire du mystère, pour conquérir le monde de la raison et devenir le médecin-praticien que l'on connaît aujourd'hui...

...il a néanmoins conservé pendant longtemps cette impunité réfractaire à toute tentative de normalisation que l'art de la dérision d'un Molière n'aura pas suffi à faire céder.

Il faudra attendre les avancées jurisprudentielles majeures à partir du milieu du XIX^{ème} siècle pour que peu à peu le droit façonne cette relation de confiance en un rapport de droit impliquant de nouvelles obligations.

Les murs de cette Grand'chambre pourraient en parler mieux que moi et évoquer notamment les arrêts *Thouret-Nauroy*³ de 1835, *Mercier*⁴ et *Teyssier*⁵, un siècle plus tard.

Comment ne pas évoquer non plus, monsieur le vice-président, l'arrêt *Bianchi* du Conseil d'État reconnaissant la responsabilité du service hospitalier pour un aléa thérapeutique ouvrant droit à indemnisation ?

Ces arrêts fondateurs ont eux-mêmes généré de nouveaux contentieux.

Ces mouvements s'inscrivent dans un processus que d'aucuns ont dénoncé avec crainte comme une « *judiciarisation de la médecine* », voire une dérive à « l'américaine » – stigmatisant au passage un droit qui n'en méritait pas tant.

En vérité, les interactions entre Santé et Justice sont inévitables et même incontournables dans un contexte de développement des politiques publiques de Santé et d'optimisation de la prise en charge médicale.

3 Responsabilité délictuelle du médecin.

4 Responsabilité contractuelle du médecin « *il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science* ».

5 Recueil exprès et préalable du patient avant les soins.



Le colloque inédit qui nous réunit aujourd'hui permettra, loin des fantasmes et inquiétudes habituels, de mettre en exergue cette prise en considération efficiente des questions de santé par le droit que la loi de 2002, dont nous fêterons bientôt l'heureuse décennie, accompagne et encadre.

Il va sans dire que la Justice ne peut utilement remplir son office si elle méconnaît les évolutions de la médecine, ce que l'arrêt *Mercier* appelait déjà « *les données acquises de la science* », mais aussi les contraintes et conséquences de la spécialisation et de l'organisation sophistiquée et performante de notre système de soins et de Santé.

Nouvelles techniques médicales plus efficaces mais aussi parfois plus dangereuses, problématique du médicament, importance de la prévention médicale et de la recherche biomédicale, élargissement des domaines couverts par la médecine de la conception de la vie à la mort.

Chacun d'entre nous est appelé durant sa vie à faire des choix médicaux, à consentir à des soins ou des prises en charge sanitaires qui portent naturellement atteinte à son intégrité ou à celle de proches.

Le droit encadre ces interventions, la Justice en assure le respect par le jeu des responsabilités engagées et des indemnisations éventuellement accordées.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé est à cet égard emblématique.

Elle bâtit de nouveaux ponts entre Justice réparatrice et préoccupations contemporaines de la Santé.

Pour preuve, elle :

- Intègre les risques modernes sanitaires ou médicaux inhérents à l'acte dans un dispositif juridique innovant d'indemnisation des préjudices ;
- marque le point d'aboutissement d'une évolution remarquable du droit de la responsabilité médicale tout en posant les bases nouvelles de convergences jurisprudentielles à partir de notions et de qualifications communes ;
- confère au malade, devenu patient, usager du service public de santé ou cocontractant des droits nouveaux générateurs d'obligations et de responsabilités en adéquation avec le rôle d'acteur qu'il occupe désormais dans sa prise en charge médicale.

Je voudrais, sur chacun de ces points, livrer quelques éléments nécessairement succincts à cet instant liminaire de nos travaux.

J'évoquerai tout d'abord l'importance des mécanismes de solidarité nationale.

Ils interviennent dans l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs, des infections nosocomiales graves et des préjudices liés à l'émergence des nouveaux risques sanitaires.

Il n'est pas exagéré de parler d'un bond en avant salutaire dans l'indemnisation de ces victimes.



Pour autant, cette indemnisation n'efface pas la recherche d'une imputabilité.

On a pu dire, sans doute un peu hâtivement, qu'avec la loi de 2002 le droit de l'indemnisation succéderait à la responsabilité médicale.

C'est oublier que ces cas d'indemnisation au titre de la solidarité nationale, n'épuisent pas la possible réparation des autres préjudices pouvant survenir dans le domaine de la Santé et consécutifs à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins.

C'est oublier également que l'équation fondatrice : faute, dommage et lien de causalité demeure toujours la condition nécessaire à la démonstration d'une éventuelle responsabilité médicale.

Les évolutions de la jurisprudence autour de ce triptyque suffisent à démontrer son importante actualité.

Je veux parler à titre d'exemple de la question de la cause étrangère exonératoire, notamment dans un contexte de prédisposition, de l'admission de la « faute de vigilance », de la jurisprudence sur les produits de santé, des débats incessants sur la causalité, de celui, plus récent, sur la perte de chance ou la répartition des responsabilités en cas de concours de fautes pour ne donner que ces exemples.

C'est oublier enfin, en marge de la loi de 2002, que la recherche d'une faute pénale médicale, directe ou indirecte, et d'un lien de causalité certain demeurent les axes cardinaux des procédures entreprises dans le champ des délits non intentionnels, part principale des enquêtes judiciaires ordonnées dans le champ de la responsabilité médicale.

À cet instant, j'aimerais apporter une précision en prélude à nos débats futurs.

Cette responsabilité pénale inquiète. Je ne le sais trop bien.

La confusion est grande entre les concepts d'erreur et de faute, ceux de plainte et de poursuite, ou encore entre les notions de poursuite et de condamnation.

Mais la justice pénale, sanctionnatrice et réparatrice, n'est pas un frein au développement des progrès sanitaires et médicaux.

Elle n'ignore pas les prises de risques, souvent difficiles, sans lesquelles ne pourraient être assurées aussi bien les politiques de Santé publique, telle que la prévention des pandémies et les espoirs de guérison apportés par le médecin.

La professionnalisation et la pluridisciplinarité des équipes d'investigation et celles des magistrats intervenant durant l'enquête et le procès pénal, la création de pôles spécialisés de santé publique à Paris et Marseille devraient au contraire rassurer.

J'ajouterais, s'il en était besoin, que le bilan statistique du contentieux pénal médical reste très faible.

Je voudrais ensuite parler des nouveaux processus de réparation prévus par la loi et que la jurisprudence a su développer.



Je pense bien évidemment aux nouvelles règles concernant la charge de la preuve, notamment pour les infections nosocomiales.

Je me réfère également au rôle important de l'ONIAM, dont l'intervention pour de nouveaux dommages ne cesse de croître.

Je m'appuie aussi au rôle des Commissions régionales d'indemnisation et de conciliation réunissant médecins, magistrats, représentants des usagers et assureurs, qui ont pu démontrer leur efficacité.

L'avis des commissions n'a certes pas la force d'un acte juridictionnel, mais il permet le plus fréquemment une indemnisation des préjudices par une voie amiable et plus rapide.

Le dommage reconnu pourra ainsi être réparé à l'issue d'une expertise au terme d'un processus plus consensuel, restaurant la parole du patient, amenant des explications claires sur l'origine de l'incident tout en garantissant une indemnisation le plus souvent satisfaisante.

Ne s'agit-il pas d'un bel exemple de cette interaction que j'évoquais tout à l'heure ?

La justice n'est pas écartée, elle reste un recours, une alternative.

Mais elle s'est effacé au profit de processus plus consensuels qui agissent au plus près des questions de Santé.

Enfin, je voudrais pour conclure évoquer les nouveaux droits du patient énoncés par la loi de 2002 : droit à l'information préalable « claire et appropriée », nécessité de la recherche préalable d'un consentement aux soins, et d'une obligation d'une explication sur l'origine d'un incident médical.

Ils servent de socle à des évolutions importantes du droit de la responsabilité médicale pour nos deux ordres de juridictions.

Déjà, des trajectoires communes se dessinent et se confirmeront sans doute davantage encore lorsque seront soldées les actions en responsabilité entreprises sous l'empire du droit antérieur à la loi du 4 mars 2002.

Je ne place pas mes espérances dans une réponse jurisprudentielle unitaire, ce qui pourrait nuire à la spécificité des prises en charge propres à chaque secteur de la Santé intéressé.

Mon propos voudrait seulement souligner les avancées graduées et inspirées opérées depuis la loi de 2002 par les deux Cours dans un dialogue constructif et coopératif.

En témoignent le rapprochement des régimes de responsabilité comme les nombreuses décisions rendues désormais au visa des dispositions du code de la santé publique.



Mesdames et Messieurs,

Le monde de la santé a ses impératifs d'urgence, la Justice doit agir avec célérité.

Je n'ai donc que trop parlé.

A l'image de la parfaite harmonie qui a présidée à l'organisation ce colloque, je souhaite que souffle ce même esprit durant ces deux journées et que les passerelles jetées par la loi fédératrice du 4 mars 2002 entre Santé et Justice aboutissent encore à l'ouverture de nouvelles voies de progrès pour le bénéfice de tous.

Bon colloque à tous !



La réparation du dommage médical : responsabilité ou solidarité ?

La table ronde dressera un bilan de l'application de la loi du 4 mars 2002 quant aux principes posés en matière de responsabilité médicale et au dispositif de règlement amiable et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes et d'infections nosocomiales graves. Elle évoquera notamment la délimitation du domaine de la faute et de l'accident ainsi que la mise en œuvre des procédures amiables et contentieuses visant à leur reconnaissance.

Sommaire

Présentation des intervenants	p. 32
Actes de la table ronde	p. 34
Échanges avec les participants	p. 69
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire	p. 74

Les intervenants

Frédérique Dreifuss-Netter

Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Présidente de la table ronde

Frédérique Dreifuss-Netter, agrégée des facultés de droit, a été successivement professeur aux universités de Metz, Strasbourg et Paris V – René Descartes où elle a créé et dirigé un centre de recherches consacré au droit médical. Elle a rejoint en 2009 la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation où elle est principalement en charge, en tant que rapporteur, du contentieux de la responsabilité médicale. Auteur de nombreux ouvrages et articles dans le champ de la santé et de la bioéthique et ayant dirigé la publication d'un commentaire du code de la santé publique aux éditions Litec, elle est membre du Comité consultatif national d'éthique, de la Commission nationale d'agrément des associations de patients, du Centre d'éthique clinique de l'hôpital Cochin et du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine.

Guénhaël Huet

Député de la Manche

Conseiller général d'Avranches de 1994 à 2007 (vice-président du conseil général de la Manche de 2004 à 2007), conseiller régional de Basse-Normandie de 1998 à 2001, maire adjoint d'Avranches de 1995 à 2001, il est maire d'Avranches depuis 2001 et président de la communauté de communes d'Avranches depuis 2008. Élu député de la Manche le 17 juin 2007, il siège à la commission des lois. Membre de la délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, il est l'auteur de rapports sur la santé des femmes, sur les femmes en détention ou encore sur l'indemnisation des victimes des maladies nosocomiales et l'accès au dossier médical. Guenhaël Huet est secrétaire national de l'UMP en charge du sport professionnel et du sport de haut niveau.

Dominique Martin

Directeur de l'ONIAM

Dominique Martin, médecin psychiatre de formation, a travaillé plusieurs années avec Médecins Sans Frontières tant sur le terrain qu'au siège, en charge des opérations. Il poursuit des formations complémentaires en épidémiologie (maîtrise à Paris VII) et en anthropologie (DEA à l'ENS). Diplômé de l'École nationale d'administration en 1995 (promotion Marc Bloch), il devient administrateur civil au ministère de la santé puis membre du cabinet de Bernard Kouchner jusqu'en 2002, au sein duquel il a en charge notamment du projet de loi sur le droit des malades. Il est directeur de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) de 2002 à 2011.

Jean-Philippe Thiellay

Rapporteur public à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État

Licencié en histoire, diplômé de Sciences Po et ancien élève de l'École nationale d'administration, Jean-Philippe Thiellay entre comme auditeur au Conseil d'État en 1996 où il occupe les fonctions de rapporteur à la section du contentieux et à la section des travaux publics. De 2000 à 2001, il intègre le cabinet du secrétaire d'État à l'outre-mer en qualité de conseiller technique chargé des questions juridiques et internationales. De 2003 à 2006, il est deuxième conseiller à l'ambassade de France près le Saint-Siège à Rome. En 2006, il réintègre le Conseil d'État, où il est nommé rapporteur public à la section du contentieux en 2007, au sein de la 5^{ème} sous-section plus particulièrement chargée de la responsabilité hospitalière. Jean-Philippe Thiellay est aussi vice-président de la caisse de retraite de l'Opéra national de Paris et a été professeur associé à l'université de Lille II de 1999 à 2011. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages juridiques : *Droit des outre-mers* (Dalloz, 2^{ème} éd., 2011), *Droit de la nationalité française* (Berger-Levrault, 3^{ème} éd, 2011) et *La responsabilité du service public hospitalier* (LGDJ, 2010).



Actes – La réparation du dommage médical : responsabilité ou solidarité ?

Frédérique Dreifuss-Netter

Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Présidente de la table ronde

En l'absence du président Charruault, qui était initialement prévu pour présider cette table ronde, et qui est actuellement en train de représenter la magistrature française en Chine, en l'absence également du président Bargue, qui avait été sollicité pour le remplacer, et qui est également empêché, il me revient d'ouvrir la première séance de cette journée d'une exceptionnelle richesse. Il est cependant assez impressionnant de prendre la parole après de si éminentes personnalités publiques.

Le thème qui nous a été attribué est « la réparation du dommage médical : responsabilité ou solidarité ? »

En réalité, nous limiterons notre discussion à la réparation de certains dommages, en laissant de côté les régimes spéciaux prévus pour des catégories particulières de dommages : ceux causés par les vaccinations, les contaminations transfusionnelles, la prise de Benfluorex, et même l'indemnisation des personnes atteintes d'infections nosocomiales, auxquelles nous ferons peut-être de brèves allusions mais qui feront surtout l'objet d'une autre table ronde, la septième table ronde.

Notre présente table ronde sera donc principalement consacrée aux dommages survenus à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins que j'appellerai des soins courants. C'est à propos de ces situations que nous allons nous interroger sur l'équilibre entre responsabilité et solidarité.

Si ce découpage des questions traitées est quelquefois frustrant, s'il peut paraître artificiel, il est, je crois, nécessaire dans le cadre de journées comme les nôtres.

Il me revient aussi de vous présenter rapidement les intervenants.

Tout d'abord, nous avons l'honneur d'avoir parmi nous un représentant du législateur en la personne de Guenhaël Huet, député de la Manche, qui siège à la Commission des lois. M. Huet est notamment l'auteur d'un rapport remarqué en 2009 sur l'application de la loi du 4 mars 2002, notamment pour ce qui est de l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical. A côté des droits des malades, je sais que M. Huet manifeste un intérêt particulier pour des sujets qui sont chers, au moins à certains d'entre nous, puisqu'il s'agit de l'égalité des droits entre hommes et femmes et du sport professionnel et de haut niveau.

Le Conseil d'État est représenté par un éminent spécialiste, Jean-Philippe Thiellay, rapporteur public à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État, la seule à traiter de l'ensemble du contentieux de la responsabilité

hospitalière. Je lis d'ailleurs moi-même avec grand intérêt ses conclusions avant de rapporter dans les domaines qu'elles concernent. Professeur associé à l'université de Lille II, M. Thiellay est notamment l'auteur d'un ouvrage publié en 2010 à la LGDJ sur *La responsabilité du service public hospitalier*.

M. Dominique Martin, médecin psychiatre de formation, a été directeur de l'ONIAM depuis sa création jusqu'à il y a quelques jours et, à ce titre, a conduit la politique publique issue de la loi du 4 mars 2002, à l'élaboration de laquelle il avait participé comme membre du cabinet de Bernard Kouchner. Sa présence ici était incontournable, même s'il a tenu à préciser qu'il ne s'exprimait plus au nom de l'Office.

Pour élargir le débat à des comparaisons internationales, nous espérons aussi avoir parmi nous Mme Kathrin Nitschmann, avocate, universitaire (université de la Sarre) et médiatrice, qui ne peut néanmoins être présente en raison de problèmes de santé.

Pour ma part, je suis passée depuis bientôt trois ans de l'Université, où je dirigeais un centre de recherches en droit médical à Paris Descartes, à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, où je rapporte la plupart des dossiers de responsabilité médicale. Ainsi, à côté de mon rôle de présidente de la table ronde, j'interviendrai quand il s'agira d'évoquer la jurisprudence judiciaire.

Je voudrais que la problématique de cette première table ronde, soit ouverte sous les auspices conjoints de l'Université et de la Cour de cassation. En effet, le 24 avril 1997, ici même dans cette salle, se tenait un colloque organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, dont les actes ont été publiés à la LGDJ, sous le titre « *L'indemnisation des accidents médicaux* ». Cet ouvrage comporte un avant-propos de la directrice du centre, le professeur Geneviève Viney. Je ne sais pas si elle est parmi nous, sinon je le regrette. Dans ce texte, cette grande ex-collègue appelait déjà de ses vœux une réforme législative.

J'ai donc choisi de reprendre ses termes, qui vont nous servir pour savoir ce dont nous allons parler :

« Pour les victimes d'abord », disait Mme le professeur Viney : « il n'est un mystère pour personne que les progrès de la médecine qui profitent à l'ensemble de la collectivité s'accompagnent d'un accroissement des risques créés par certaines techniques médicales... N'est-il pas, dès lors, particulièrement injuste de laisser sans réparation ceux qui ont eu le malheur de subir les effets de ces risques sous prétexte qu'ils sont incapables de démontrer une faute du médecin ? Or c'est précisément ce que fait notre droit qui, en exigeant la preuve de la faute, subordonne en fait l'indemnisation à un procès en responsabilité opposant la victime – déjà très fragilisée physiquement, moralement et économiquement par l'accident – à des assureurs et à des experts vis-à-vis desquels elle se sent en position d'infériorité... et cela pour aboutir dans les trois quarts des cas, après des expertises ruineuses et des années de procédure particulièrement éprouvantes, à un échec pur et simple dû à la constatation du caractère « fortuit » ou « accidentel » du dommage ? ». On est au cœur de notre sujet. Mais Mme Viney poursuivait : *« Ajoutons que pour les médecins également cette évolution paraît souhaitable. En effet, l'injustice du sort réservé actuellement aux victimes risque de provoquer, à plus ou moins longue*



échéance, une réaction de révolte qui pourrait conduire... à une appréciation de plus en plus sévère et rigoureuse de la faute médicale. Or, pour un médecin », et je sais qu'ils sont nombreux ici, « l'affirmation par un tribunal d'une responsabilité pour faute est quelque chose de très grave, même lorsqu'il est assuré ».

Tel était, en 1997, le constat que l'on pouvait faire sur la responsabilité médicale et que signalait d'ailleurs, tout à l'heure, M. le premier président.

A cette époque la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative avait déjà permis de nombreuses avancées, qu'il faut rappeler. Cependant, comme il a été indiqué, la principale différence entre les deux ordres de juridiction est que la juridiction judiciaire refusait en toutes hypothèses d'indemniser les conséquences de l'aléa thérapeutique, tandis que le Conseil d'État, sous certaines conditions avec la jurisprudence *Bianchi* pouvait permettre cette indemnisation⁶.

Quelles solutions avaient été proposées pour remédier à cette situation ?

Ces solutions ont été évoquées tour à tour dans d'innombrables travaux, rapports, concrétisés dans diverses propositions de loi, depuis qu'en 1966, lors du 2^{ème} congrès de « morale médicale » - c'est très étonnant, les médecins alors avaient une morale, ils ont aujourd'hui une éthique, je ne sais pas si c'est mieux ou moins bien - le professeur Tunc proposait un système fondé sur le risque et assumé par l'assurance. Depuis cette date, nous avons eu les rapports Mc Aleese en 1980, le rapport de M. Ewald en 1992, et diverses propositions, comme celles de M. Penneau, de M. Huriet puis celles de M. Evin.

Globalement, il y avait deux façons de mener la réflexion : ou bien on préconisait la collectivisation de tous les dommages anormaux, qu'ils soient fautifs ou non fautifs, dans le souci de protéger les victimes, ou bien on se bornait à prévoir la prise en charge sous certaines conditions de l'aléa thérapeutique, c'est-à-dire de l'accident médical non fautif. C'est finalement la seconde solution qui a été adoptée.

L'article L. 1142-1 du code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002, affirme donc, en premier lieu, le principe de la faute puis, à titre subsidiaire, la prise en charge de certains dommages par la solidarité nationale⁷.

Puisque nous avons la chance d'avoir parmi nous un représentant du Parlement, je vais donc me tourner vers M. Huet qui a bien voulu nous exposer la philosophie du choix ainsi opéré par le législateur, entre responsabilité et solidarité.

6 CE, Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336, Rec. p. 127.

7 Art. L. 1142-1, I du code de la santé publique : « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. » / L. 1142-1, II : « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret ... ».



Je crois que s'il y a un domaine sur lequel les points de vue de justice administrative et de la justice judiciaire peuvent et doivent être rapprochés, c'est bien celui de la responsabilité médicale. Aussi, Mme la président, je ne me hasarderai pas et vous ne me l'avez d'ailleurs pas demandé, à décortiquer la jurisprudence de nos deux ordres de juridiction. Je voudrais seulement rappeler quelle a été effectivement la philosophie de la loi du 4 mars 2002, à laquelle je me permets d'ajouter la loi du 30 décembre 2002, dont on parle beaucoup moins mais qui est également importante, les deux étant parfaitement liées⁸.

La première intention du législateur était d'unifier les contentieux administratifs et judiciaires en matière de responsabilité médicale. Il faut quand même signaler que le travail du législateur avait été largement préparé par la jurisprudence, puisque dans les années 1990, soit une dizaine d'années avant le vote de la loi, on avait pu assister à une convergence des jurisprudences judiciaires et administratives.

On peut simplement penser à l'arrêt *Cohen* du Conseil d'État du 9 décembre 1988 qui institue une présomption de faute et qui figure, du moins en partie, dans le rapport qui avait été rédigé par la mission d'information commun⁹. Ce rapport, dont Mme la présidente a parlé toute à l'heure, était un rapport d'information commune entre la commission des lois d'une part et l'ancienne commission des affaires sociales, ce qui n'est pas très fréquent à l'Assemblée nationale, mais qui arrive parfois sur des sujets qui sont considérés comme importants. Avec cette présomption de faute de l'arrêt *Cohen*, le Conseil d'État a donc réalisé un pas juridique important. Il y a aussi eu bien entendu l'arrêt *Bianchi* rappelé tout à l'heure par Mme la présidente.

Puis la jurisprudence judiciaire s'est mise sur la même ligne. Je ne rappellerai à personne les fondements de la responsabilité médicale selon le juge judiciaire avec l'arrêt *Mercier* de 1936¹⁰. Mais par la suite, des arrêts, notamment du 21 mai 1996¹¹ et du 29 juin 1999¹², de la chambre civile de la Cour de cassation ont, à l'instar du juge administratif, établi la présomption de faute.

On le voit donc, il y a eu une évolution jurisprudentielle qui a été très favorable aux victimes, mais cette évolution a eu immédiatement un revers. Ce revers, tout à fait pratique, était celui de l'assurabilité ou de la solvabilité (les termes sont à peu près identiques sur ce point), des professionnels de santé face à l'évolution jurisprudentielle. Il était en effet, certes, particulièrement utile qu'il y ait un nouveau régime de responsabilité des accidents médicaux au sens le plus large du terme. Mais chacun convient que les principes juridiques auraient été purement abstraits si les professionnels de santé ou les établissements de santé avaient rencontré des obstacles quasi insurmontables à l'assurabilité et donc au dédommagement des victimes.

8 Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale.

9 CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, n° 65087, Rec. p. 431.

10 Cass., 20 mai 1936, *Mercier*, D. 1936, 1, 88 concl. Matter, rapp. Josserand.

11 Cass., 1^{ère} civ., 21 mai 1996, pourvoi n° 94-16586, Bull. n° 219.

12 Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-14254, Bull. n° 220 et 222.

C'est pour cette raison qu'est intervenue la loi du 30 décembre 2002 qui a essayé d'établir un équilibre entre les droits des victimes et la garantie des professionnels et les établissements de santé qui sont condamnés à verser des sommes, des dommages et intérêts. Les deux sont d'ailleurs complètement liés. Chacun voit en effet que les droits des victimes ne peuvent pas être que théoriques. Pour que les droits des victimes soient en quelque sorte concrétisés, pour qu'ils soient réels, effectifs et pas simplement abstraits, il fallait bien entendu établir une sorte de balance entre le droit à l'indemnisation des victimes et les capacités d'indemnisation des professionnels et établissements de santé.

L'intervention du législateur a eu également pour motivation un autre équilibre, qui est important et qui est au cœur d'un certain nombre de procédures ou de mécanismes que l'on met en place. Ce second équilibre, et aucun responsable politique ne peut je crois échapper à cette réflexion, est l'équilibre qu'il faut absolument trouver entre la responsabilité personnelle d'une part et la solidarité nationale d'autre part.

Le ministre de la santé l'a indiqué tout à l'heure : il ne serait sans doute pas juste que la solidarité nationale se substitue complètement à la responsabilité personnelle, sinon on glisserait petit à petit vers un système d'irresponsabilité, sinon de déresponsabilisation. Il y a là vraiment un problème de nature politique qu'il appartient aux pouvoirs publics, au législateur notamment, de traiter. Si l'on évacue complètement le principe de la responsabilité personnelle au bénéfice de la solidarité nationale, on glisse, sans doute, vers un système juridique qui présente le risque du déséquilibre.

La loi du 4 mars 2002 et la loi du 30 décembre 2002, et je dirais peut-être surtout la loi du 30 décembre 2002, tentent donc d'établir cet équilibre entre responsabilité personnelle et solidarité nationale. S'il n'est pas dans mon propos de revenir sur les procédures qui ont été instituées, je crois qu'il convient quand même dans un premier temps de s'en tenir à la philosophie des textes, à l'intention du législateur.

Assurer le droit des victimes, c'est en même temps essayer de trouver un bon équilibre entre la responsabilité personnelle des professionnels de santé ou des établissements de santé d'une part, et la solidarité nationale de l'autre. C'est en tout cas, je le crois, la philosophie de la loi du 4 mars 2002 et de la loi du 30 décembre 2002. Puis on verra, à l'aune de ce que M. le ministre a annoncé tout à l'heure, c'est-à-dire la préparation d'un nouveau texte, d'un nouveau projet de loi, si la même philosophie demeure.

En tout cas, je crois que c'est la philosophie sur laquelle nous devons les uns et les autres travailler.

Frédérique Dreifuss-Netter

*Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Présidente de la table ronde*

Nous allons rebondir sur ce terme d'équilibre qui est effectivement central dans nos débats, pour essayer d'évaluer si cet équilibre a été atteint. Comme les habitudes universitaires ont la vie dure, ce sont deux points clés que j'ai dégagés pour ce

débat. Le premier interroge l'objectif même qui a été poursuivi par le législateur et le second les moyens qu'il a mis en œuvre pour y parvenir.

Nous avons vu qu'en 1997 on espérait d'une loi qu'elle améliore la situation des victimes, tout en allégeant un peu la pression qui pesait sur les professionnels de santé. Je me suis alors interrogée à partir des chiffres qui nous ont été communiqués par l'ONIAM ou par l'observatoire des risques médicaux. Lorsqu'on observe ces chiffres, on réalise que les indemnisations se répartissent à peu près également entre la faute et l'aléa.

Je me suis alors posée la question suivante, que je vais poser à M. Martin qui est le mieux placé pour essayer d'y répondre. Si le même dommage s'était produit dans le régime antérieur à la loi du 4 mars 2002, les patients qui sont aujourd'hui indemnisés au titre de l'aléa seraient-ils des victimes qui n'auraient pas été indemnisées parce qu'on leur aurait dit « *désolé, c'est l'aléa thérapeutique, vous ne pouvez pas être indemnisés* », ou bien l'auraient-ils été au titre de la faute, au prix d'une conception extensive, d'une interprétation extensive de la faute médicale ? Autrement dit, est-ce que la loi aurait véritablement, en améliorant la situation des victimes, amélioré aussi celle des médecins ?

Dominique Martin

Ancien directeur de l'ONIAM

N'étant plus directeur de l'ONIAM, je parle donc à titre personnel, mais c'est évidemment à partir de mon expérience que je vais essayer de participer au débat.

Entre deux éminents juristes des deux plus hautes cours de notre pays, j'aurai évidemment un positionnement très décalé qui est celui d'un responsable de politique publique.

Avant de répondre à votre question, je voudrais dire un mot sur ce qu'est une politique publique. Un responsable de politique publique est un opérateur, quelqu'un qui met en œuvre des dispositions de nature législative ou réglementaire et qui le fait dans un esprit de contrôle et d'évaluation.

Mais évidemment, le 5 mars 2002, il a bien fallu se poser les premières questions et voir comment on allait construire le nouveau dispositif, avant même qu'il y ait la moindre correction, la moindre appréciation, apportée sur ce dispositif.

Ces précautions étant prises, je vais essayer de répondre à votre question, ce qui n'est pas évident pour plusieurs raisons. La première c'est que nous ne disposons pas de données statistiques consolidées qui soient véritablement fiables. Il est très difficile d'avoir des données, que ce soit sur la sinistralité en général – qui est l'indicateur essentiel dans le domaine médical – mais également, par exemple, sur l'évolution des contentieux.

On a essayé d'apprécier le mécanisme de déjudiciarisation qui a été évoqué tout à l'heure. Est-ce que la mise en place de ce dispositif amiable avait pu conduire des personnes, qui seraient allées devant le juge, à préférer le dispositif amiable ? On a le sentiment que oui mais, honnêtement, j'ai envie de dire que les informations

dont on dispose et qu'on a rendues publiques, à partir de l'ONIAM notamment, sont des informations assez fragiles.

Est-ce que l'on a permis à des gens qui n'auraient pas eu recours à une procédure juridictionnelle de bénéficier d'une procédure simple de réparation ? Je pense aussi que oui, mais là encore je n'aurais pas de données fiables à vous offrir. Mais je pense que oui, c'est évidemment le sens de la loi, en tout cas elle est construite pour cela.

Il est donc très difficile d'avoir des données précises. C'est assez difficile du côté de la juridiction administrative, mais c'est encore plus difficile du côté judiciaire. Le Conseil d'État a développé quand même une analyse statistique annuelle qui est assez intéressante, mais qui suppose que l'on pose des hypothèses, que l'on fasse des projections qui ne sont pas complètement simples. On observe des mouvements, mais quel en est le sens exact ? On peut le supposer, on peut en avoir l'intuition, mais de là à le prouver, par des éléments qui seraient statistiquement indiscutables, c'est moins évident.

Le dispositif de la loi du 4 mars 2002 a été construit entièrement à partir des débats publics, qu'ont été les États généraux de la santé, relatifs à ce que les usagers considéraient comme des obstacles à faire reconnaître leur droit à réparation : le coût, la durée, la complexité. Le dispositif se veut simple, rapide, et sans coût particulier pour la victime. Il est gratuit pour la victime pour l'essentiel. Il est rapide mais il pourrait l'être plus : ce n'est pas là son plus grand succès. Il y a des choses qui marchent bien et des choses un peu plus lentes. Enfin, il demeure objectivement plus rapide. Il me semble donc très probable que des personnes qui, avant la loi de 2002 n'auraient pas cherché réparation, ont pu obtenir réparation grâce à la loi du 4 mars 2002.

Pour aller plus en avant et mieux répondre à votre question : est-ce que des personnes qui hier, auraient été indemnisées au titre de la faute, parce que c'était le droit, aujourd'hui le sont au titre de l'aléa ?

La réponse suppose deux choses :

- est-ce qu'il y a eu un recalage du droit ?

- est-ce qu'on observe ce qui pourrait être vu comme une dérive d'un dispositif un peu mou qui accepterait toutes les situations sans les regarder de près ?

Il est vrai qu'une des situations, disons jurisprudentielles, qui, et je parle vraiment sous réserve et sous contrôle, a présidé à la création de cette loi, était une supposée tendance du juge, à reconnaître par souci d'équité des fautes là où il n'y en avait pas. Des fautes au titre de la maladresse là où il n'y avait pas de maladresse, ou des fautes au titre du défaut d'information par exemple. Cela a été largement évoqué.

La loi étant désormais très claire sur ce qui est faute et ce qui ne l'est pas, on peut supposer que certaines situations qui, hier auraient été vues comme engageant la responsabilité du professionnel de santé, ont abouti à une indemnisation au titre de la solidarité nationale. C'est probablement vrai, on a des situations, des décisions de justice, qui montrent bien que ce débat sur l'avant et l'après a sans doute bien eu lieu.



Par exemple, on peut évoquer la question de la maladresse : il y a maladresse notamment quand on atteint, quand on touche un organe qui n'est pas l'organe visé par l'intervention chirurgicale. *A priori*, la maladresse est constatée et engage objectivement la responsabilité du praticien, c'était vrai hier et cela semble vrai aujourd'hui. Mais quand les éléments anatomiques ne sont pas à leur emplacement normal, ce qui peut arriver, la situation a évolué.

Il est en effet clair qu'aujourd'hui, s'il y a une anomalie anatomique qui fait que, parce que l'on voulait intervenir sur un organe, on en blesse un autre parce que cet organe n'est pas à la place où il est habituellement (un nerf, un vaisseau), cela peut parfaitement constituer un aléa. C'est une situation qui n'engage pas la responsabilité du praticien, dès lors qu'il a pris toutes les diligences nécessaires et a bien fait tous les repérages. On est alors bien dans une situation d'aléa, mais il n'est pas impossible dans certaines circonstances, que cette situation soit considérée comme une faute.

Il faut aussi faire part d'une évolution très intéressante, les médecins qui sont là le connaissent bien, il est de plus en plus fréquent et nous en bénéficions tous : ce sont les interventions du type endoscopie, coloscopie. Ce sont des interventions beaucoup plus légères qui permettent à un tuyau de rentrer dans un organe, cela peut être le canal carpien, le ventre etc. Ces interventions ont de nets avantages en termes de réduction des durées d'hospitalisation mais elles ont l'inconvénient de rendre la vision du champ d'intervention extrêmement étroite et fondamentalement différente de l'intervention chirurgicale « à ciel ouvert » où l'on voit l'ensemble des organes. Cela peut favoriser certains accidents, et on voit bien que le plus souvent, dans ces accidents là, bien sûr encore une fois si tout a été fait avec diligence (et tout doit être regardé objectivement : la situation de fait doit être examinée d'abord par l'expert puis par le juge), le juge aura tendance à faire de cette situation un aléa. Et cela se conçoit parfaitement bien.

Donc oui, il y a sans doute eu quelques évolutions, quelques recalages, et c'est bien normal. Bien sûr, la tentation a existé et existe encore de faire du dispositif une sorte de « ventre mou » qui accueille et les fautifs et les victimes de tous les accidents post interventions médicales. J'ai le souvenir de propos tenus il y a quelques années maintenant : certaines personnes attendaient du dispositif qu'il soit assez permissif, et nous avons vu cette tentation s'exprimer au cours de certaines expertises. Il y a en effet un jeu de rapports de force pour essayer de faire basculer sur la solidarité nationale ce qui pourrait être pris en charge par des assurances privées. C'est un rapport de force parfaitement normal, d'autant que l'on considère généralement que l'argent public est moins douloureux à décaisser que l'argent privé. Or, en tant que directeur d'établissement public, je passe mon temps à dire que ce n'est pas du tout le cas : l'argent public est un bien public auquel on doit tous tenir. Mais cette tentation a existé dans certains propos et dans certains actes.

Y a-t-il eu des dérives ? Mon sentiment est que non. D'abord, je pense que globalement, les acteurs quels qu'ils soient sont responsables. Je pense aussi que l'ensemble du système, le dispositif et le juge, a permis d'éviter ces dérives. L'ONIAM, pour ce qui le concerne, a été évidemment très attentif à cette question,



tant du point de vue de la responsabilité des établissements publics qu'à celui du meilleur cadrage de la dépense publique. C'est très important car il en va de la pérennité du dispositif. Un dispositif qui aurait été moins cadré, aurait peut-être eu du mal à survivre. Là, le dispositif a été volontairement très cadré non seulement par l'ONIAM, mais également par les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) et par l'ensemble des institutions qui ont eu à se pencher sur le sujet.

Je prends l'exemple d'un avis de la CRCI qui constate l'existence d'un aléa thérapeutique pendant que l'ONIAM conteste cette appréciation et soutient qu'une faute a été commise. Dans un certain nombre de cas l'ONIAM, après avoir indemnisé la victime, a exercé un recours contre le responsable et son assureur, en estimant que l'avis de la commission régionale a été émis dans des circonstances particulières. Cet avis a bien entendu toute sa valeur puisque rien n'est possible sans lui. IL n'en demeure pas qu'il peut être discuté devant le juge. Dans environ un cas sur deux, le juge donne raison à l'établissement.

Cette démarche illustre ce que je crois être le bon fonctionnement d'un établissement public. L'établissement public répond à la loi : la personne a un droit à indemnisation, elle est indemnisée et elle est en quelque sorte désintéressée du point de vue de la question de la réparation. L'argument, la discussion technique, se déroulera entre les techniciens que sont, d'un côté, les juristes de l'ONIAM et leurs avocats et, de l'autre côté, les responsables – l'acteur de santé et ses assureurs. C'est tout à fait le sens de la loi. En outre, l'équilibre ne peut être trouvé que si les acteurs sont responsables et transparents dans leurs actions, de façon à ce que *in fine*, le juge trace la frontière entre l'aléa et la faute.

La même logique s'applique à des situations où l'assureur ne fait pas d'offre suite à l'avis d'une CRCI. Cela peut arriver, il a sa propre appréciation de la situation et le dispositif le permet. Dans ces situations, où l'ONIAM peut se substituer à l'assureur, il exercera également son recours et c'est encore une fois devant le juge que les décisions seront prises. Il arrive d'ailleurs parfois que l'ONIAM partage le même point de vue que l'assureur et n'exerce pas de recours, où encore, que le juge donne tort à l'ONIAM.

Toutes ces situations sont maintenant assez bien identifiées. Des progrès considérables ont été accomplis en faveur de la lisibilité d'une loi assez complexe et d'un dispositif qui méritait d'être éclairé. Au jour de ce colloque, je crois que nous sommes parvenus à une situation sans commune mesure en termes de clarté et de frontières, par rapport à ce qu'elle était il y a dix ans.

L'idée est donc que s'il y a eu quelques évolutions qui sont plutôt des recalages, il n'y a pas eu de dérives. Il faut aussi dire que l'ONIAM, parmi d'autres, a eu le souci très argumenté et armé de faire en sorte que cet équilibre ne soit pas déplacé dans des conditions qui n'auraient pas été acceptables pour la solidarité nationale.



Frédérique Dreifuss-Netter
Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Présidente de la table ronde

Merci Monsieur pour votre réponse. Vous avez soulevé beaucoup de questions qui seront abordées dans la suite de cette discussion. J'aimerais maintenant, toujours dans la même perspective, me tourner vers Jean-Philippe Thiellay pour lui demander s'il ressent lui, dans le contentieux administratif, une évolution de la notion de faute depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002.

Jean-Philippe Thiellay
Rapporteur public à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux
du Conseil d'État

Je ne peux pas commencer sans vous dire le plaisir que j'ai aujourd'hui à être parmi vous, en particulier parce que les liens entre la Cour de cassation et le Conseil d'État sur ce sujet sont de plus en plus étroits. Vous avez eu l'amabilité, Madame la présidente, de dire que vous nous lisiez avant de préparer vos rapports. Je voudrais dire en retour que le Conseil d'État, on peut l'affirmer, ne prend pas une décision sur une question nouvelle ou particulièrement intéressante, sans être absolument certain de ce que juge la rive gauche de la Seine et même plus largement ce que jugent les cours d'appel partout sur le territoire. Par ailleurs, les outils de travail que nous avons mis en place permettent d'avancer en terrain balisé. Lorsqu'il y a des nuances, voire des désaccords, ce sont des nuances assumées qui sont là pour enrichir le débat. Alors, cette première table ronde plante le décor et le mot complexité vient d'être prononcé par Dominique Martin ; je m'en saisis.

Évidemment, la première idée qui me vient à l'esprit, c'est que lorsque je suis arrivé au Conseil d'État en 1996, on avait le sentiment d'arriver avec des notions claires. Cela s'est beaucoup compliqué avec le vote de la loi, avec l'arrivée de ce que j'appelle « l'indemnisation solidaire », c'est-à-dire l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, et les évolutions sur le lien de causalité, dont la deuxième table ronde parlera. La loi du 4 mars 2002 a introduit une forme de distorsion ou, plutôt, de lien de causalité distendu avec l'apparition de la perte de chance. Tout cela est devenu extrêmement complexe, trop complexe sans doute, mais en même temps on peut aussi penser que ce résultat permet de coller le plus possible à la réalité des pratiques médicales et des situations que rencontrent les victimes.

Pour la question de la faute que vous avez très précisément posée, évidemment le paysage intellectuel a été profondément renouvelé. Ce renouvellement profond n'a pourtant pas conduit à des changements dans les méthodes traditionnelles que l'on connaissait avant la loi. D'ailleurs, ce renouvellement profond a commencé avant la loi du 4 mars 2002. L'arrêt *Bianchi* du 9 avril 1993¹³ a été mentionné tout à l'heure mais un an moins un jour avant l'arrêt *Bianchi*, le Conseil d'État avait déjà abandonné la faute lourde avec l'arrêt d'Assemblée *Epoux V.* du 10 avril 1992¹⁴. Apparemment le mois d'avril est favorable aux changements de jurisprudence très profonds en

13 CE, Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336, Rec. p. 127.

14 CE, 10 avril 1992, *Epoux V.*, n°79027, Rec. p. 171.

matière de responsabilité hospitalière ! L'abandon de la faute lourde accompagnait déjà une évolution profonde, qui allait d'ailleurs au-delà de la responsabilité hospitalière et qui manifestait le fait que le juge sentait les choses bouger : le juge, l'assemblée du contentieux, a estimé qu'il fallait abandonner cette faute lourde. Déjà, sociologiquement pour ainsi dire, dominait le sentiment que cette idée de « franchise de responsabilité » n'était plus acceptable. Il était de plus en plus difficile d'imaginer des hypothèses dans lesquelles le juge avait la conviction, aidé en cela par l'expert médical, qu'il y avait une faute, mais que cette faute n'ouvrait pas droit à indemnisation parce qu'elle n'était pas suffisamment grave. En 1992, soit dix ans avant la loi Kouchner, ce basculement a permis une évolution conforme à ce que la société attendait. C'était donc une première évolution très profonde.

La deuxième évolution qui a été mentionnée, c'est l'arrêt *Bianchi*. Il faut bien mesurer que c'était un dispositif exceptionnel avec des conditions très restrictives qui, lui aussi, manifestait l'idée que l'on ne pouvait plus conserver ce que les victimes ressentaient comme inacceptable. Mais ce dispositif-là ne pouvait être étendu à la jurisprudence judiciaire. C'était en quelque sorte un appel au législateur qui avait été lancé par l'assemblée du contentieux. Notons que ces conditions très restrictives avaient été appliquées dans des conditions discutées, et je pense à l'arrêt *Centre hospitalier Joseph Humbert d'Arles*¹⁵, 5 ans plus tard, en novembre 1997, dans une hypothèse où l'on s'éloignait du terrain thérapeutique puisqu'il s'agissait d'une circoncision rituelle. Tout cela montrait une évolution profonde des modes de raisonnement.

Je ne vais pas m'interroger longuement sur le « pourquoi » mais je voudrais rebondir sur ce qu'a dit le procureur général Marin à propos de la pression qui existait sur les juges. Je crois que c'était une pression réelle mais une pression que ne se traduisait pas vraiment dans les chiffres : même s'il est difficile d'établir des statistiques de ce genre au sein de la juridiction administrative le contentieux de la responsabilité médicale représente en effet un contentieux presque infime. On peut estimer que devant les tribunaux administratifs, le contentieux de ce genre représente entre 1 et 1,5 % de l'ensemble des requêtes enregistrées chaque année, 2 % devant les cours administratives d'appel, c'est-à-dire à peine plus, peut-être parce que la difficulté des affaires justifie qu'il y ait un tout petit peu plus d'appel. Devant le Conseil d'État, on est à des niveaux extrêmement faibles de l'ordre de 1 %. La pression est donc peut-être plus sociologique et politique, que numérique.

Après ces évolutions, la loi du 4 mars 2002 a renouvelé complètement le paysage. Elle le renouvelle pas tellement en affirmant le rôle premier de la responsabilité pour faute, faute sans laquelle la responsabilité des établissements ne peut plus être engagée, mais un renouvellement sur la notion de faute intervient dans la question du dialogue et de l'articulation entre les cas fautifs et les cas non fautifs. Le renouvellement provient encore de ce que la loi apporte un nouvel éclairage sur la notion même de faute. La loi, dans une partie non codifiée, à l'article 102, développe et élargit le raisonnement par la faute présumée, qui existait depuis longtemps pour les actes de soin courants par exemple. Elle l'élargit aux hypothèses de contaminations transfusionnelles par le virus de l'hépatite C pour lesquelles la loi écrit noir sur blanc que, dans ces hypothèses, la faute doit être présumée.

15 CE, 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n° 153686, Rec. p. 412.



Il y a enfin un dernier renouvellement, un peu paradoxal, avec l'apparition de la notion de faute caractérisée pour le diagnostic prénatal. Dix ans après l'abandon de la faute lourde, le législateur, pour de très bonnes raisons sans doute, en matière de diagnostic prénatal, vient créer, recréer, une notion que le juge ne connaissait pas vraiment : la faute caractérisée.

Est-ce que ce renouvellement conduit à changer les méthodes d'appréhension du dossier? Mon sentiment est que cela n'a pas changé du tout la manière d'aborder la qualification juridique d'une faute.

Le juge administratif pourrait se sentir plus libre. On pourrait en effet imaginer que le juge est plus libre d'écarter la faute du service public hospitalier, dès lors que, lorsque le juge écarte toute faute, il y a l'indemnisation solidaire. La victime – pour laquelle le juge ne se voit pas interdire de ressentir de la compassion (il juge en droit mais il peut être touché par un dossier) - recevra de toute façon une indemnisation de la part de l'ONIAM, même en l'absence d'agissement fautif, au titre de la solidarité nationale. Je ne crois pourtant pas que ce soit un mode de raisonnement que l'on puisse trouver exprimé dans les conclusions du rapporteur public ou dans les motifs des décisions du Conseil d'État lui-même. L'existence d'un régime d'indemnisation ne rétroagit pas sur la qualification juridique de la faute.

Le juge en effet n'est pas tenté de dédouaner des équipes médicales au motif que l'ONIAM viendra réparer en équité la situation juridique qui est soumise au juge. Il y a des actes non fautifs qui n'entrent pas dans le champ d'intervention du II de l'article 1142-1 : ce filet de sécurité en quelque sorte n'est donc pas un filet de sécurité avec des mailles tellement fines que tout dommage médical serait indemnisé. Il y a ce que l'on peut appeler des zones grises, ou en tout cas des dommages qui ne sont pas indemnisables.

Or, le rôle du juge est de qualifier juridiquement des agissements, des comportements. Le juge administratif, loi du 4 mars 2002 ou pas, a toujours pour rôle de qualifier ces agissements ; il a toujours conscience de la responsabilité qui est la sienne de venir condamner les décisions d'équipes médicales. C'est une responsabilité très lourde. Il s'appuie pour cela sur des expertises et l'effort qui a été engagé dans le mouvement de la loi du 4 mars 2002 pour améliorer la qualité des expertises et la formation des experts participe aussi de cette évolution du rôle du juge. Le juge administratif, avant comme après, doit apprécier la compétence médicale et la responsabilité dans la prise de décision. Ainsi, dans les cas les plus difficiles – je pense aux décisions de recourir ou non à une césarienne dans des accouchements qui se présentent dans des conditions difficiles – le juge a toujours la même difficulté à savoir si la décision a été fautive ou pas et l'appréhende avec beaucoup de prudence, sans que la loi du 4 mars 2002 n'exerce une quelconque rétroaction sur la qualification juridique qu'il s'apprête à donner.

Sur la « faute caractérisée », que peut-on dire ? Cette notion se construit peu à peu et l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a, au printemps 2011 donné pour la première fois une qualification de faute caractérisée¹⁶. Pour parler très directement, mon sentiment est que, parce que le législateur a jugé bon

16 CE, 13 mai 2011, *Madame L.*, n° 329290, Rec. p. 235.



d'introduire cette notion, on en revient à la notion de faute lourde, limitée à cette matière du diagnostic prénatal. Dans cette matière-là, il y a des fautes qui ne seront pas susceptibles de conduire à une indemnisation parce qu'elles ne sont pas suffisamment lourdes.

Je dois dire que je n'aime pas du tout ce terme de « caractérisée », parce qu'une faute qui n'est pas « caractérisée », ce n'est pas une faute. Une faute caractérisée au sens de la loi est, ni plus ni moins qu'une faute lourde au sens de la jurisprudence antérieure à 1992. Et là aussi, la jurisprudence se construit peu à peu.

Au final, je ne pense pas que la loi du 4 mars 2002 ait rétroagi, par l'existence de cette indemnisation solidaire, sur le juge administratif dans son action de qualifier une faute ou une absence de faute. Du reste, on conserve les notions très commodes de faute médicale et de faute dans le fonctionnement et l'organisation du service.

Je note que le juge administratif a aussi conservé la notion de faute révélée par les actes de soin courant qui est une notion qui vient de loin, et qui appartient maintenant à la même catégorie de faute. Lorsque l'acte de soin courant est tellement courant qu'il doit en principe bien se passer, si cela se passe mal, cela révèle une faute. Ce mode de raisonnement existe depuis les années 1950. A l'époque, il y avait des conséquences juridiques qui lui étaient attachées, puisque la faute lourde existait encore pour les actes médicaux. Au final, je n'ai guère de doute pour considérer que la notion de faute a un avenir jurisprudentiel.

Il y a en effet des sujets que le juge administratif a devant lui et qu'il aura à faire entrer dans ces modes de raisonnement rénovés, mais pas vraiment bouleversés : la télémédecine, les greffes, l'acharnement thérapeutique peut-être... On a beaucoup parlé d'un jugement du tribunal administratif de Nîmes de juin 2009 qui indemnisait le préjudice des parents du fait de la naissance de leur jeune enfant dans un état de mort apparente et que le service avait réanimé¹⁷. Est-ce que l'acharnement thérapeutique entre dans ces cas là ? C'est un sujet.

La loi du 4 mars 2002 n'a du reste pas fini, en tout cas pour la Cour suprême qu'est le Conseil d'État, de donner matière à interprétation par exemple sur l'article L. 1111-2 sur le droit du patient à l'information. Dix ans après, le Conseil d'État n'a pas épuisé la matière.

Voilà mon sentiment sur cette notion de faute et ses évolutions.

Frédérique Dreifuss-Netter

*Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Présidente de la table ronde*

Je vais essayer de compléter un petit peu ce que vous avez dit sans répéter la même chose, parce que finalement les jurisprudences des deux ordres de juridiction sont assez proches même si nous, nous n'avons qu'une seule catégorie de faute et je laisserai de côté la faute caractérisée du diagnostic prénatal.

17 TA Nîmes, 2 juin 2009, *M. Patrick X et autres*, n° 0622251.

Je partage votre sentiment. Je ne crois pas que nous ayons fondamentalement changé notre appréciation de la faute depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. Il y a bien des évolutions mais elles avaient commencé avant l'entrée en vigueur de la loi.

Pour rebondir sur l'exemple pris tout à l'heure par M. Martin sur la maladresse du chirurgien, nous avons la jurisprudence à laquelle vous avez fait allusion pour les soins courants, nous avons la même jurisprudence concernant le chirurgien qui, par maladresse ou pas, on ne le sait pas, blesse un organe voisin de celui sur lequel il devait intervenir. Depuis longtemps, nous avons cette jurisprudence dite parfois de la « faute virtuelle » ou de la « faute incluse », qui est que, contrairement au principe général, l'énormité du résultat, du fait que le patient n'avait de prédisposition particulière ou d'anomalie particulière, démontre la faute du chirurgien.

Cette jurisprudence a évolué. Nous avons assoupli la responsabilité du chirurgien mais avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. Puis dans deux arrêts en 2005 et même en 2008 – certes, la loi existait déjà – nous avons considéré que même en l'absence d'anomalie morphologique de la personne, cette complication était un risque inhérent à l'acte pratiqué et que cela excluait la faute du praticien. Avons-nous été influencés par le nouveau dispositif ? Je n'en sais rien, mais il y a une évolution.

Sur la faute, je voudrais dire un certain nombre de choses. D'abord, il y a une question, je la pose, mais nous n'allons pas la résoudre aujourd'hui. Il y a une jurisprudence de la Cour de cassation qui pourrait être remise en question par la loi du 4 mars 2002. C'est une jurisprudence qui a commencé en 1999 avec un arrêt que les étudiants aiment bien, celui de la table de radiologie : la patiente avait chuté d'une table de radio¹⁸. Depuis nous avons rendu plusieurs arrêts.

Le dernier concerne le cas de la patiente qui avait déclaré une allergie aux gants en latex portés par le chirurgien. Selon cette jurisprudence, le médecin serait responsable de plein droit du matériel qu'il utilise dans l'exercice de son activité. Je sais que la doctrine est divisée sur le point de savoir si cette jurisprudence est encore tenable depuis que la loi du 4 mars 2002 a affirmé le principe que le médecin n'est responsable que de sa faute¹⁹.

Je voudrais aussi formuler deux petites remarques sur notre jurisprudence concernant la faute, comme vient de le faire Jean-Philippe Thiellay.

Ma première remarque, c'est que le juge, et il l'a dit aussi, est très largement tributaire des professionnels de santé pour déterminer ce qui est une faute. Il l'est tout d'abord des experts. Bien que l'on ne cesse de répéter aux experts qu'ils n'ont pas à qualifier le comportement de faute, ce sont quand même les experts qui disent si la conduite du médecin était ou non conforme aux règles de l'art. Je ne vois donc pas comment, à partir de là, nous pourrions exclure la faute. Même si le juge n'est pas tenu par les conclusions de l'expert et s'il n'appartient pas à la Cour de cassation de contrôler la valeur et la portée que les juges du fond leur ont accordées, il n'en demeure pas moins que ce qui passe pour la sévérité des juges et donc de la Cour de cassation, est en réalité issu de la sévérité des experts.

18 Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 1999, n° 98-10010, Bull. n° 300.

19 Cass., 1^{ère} civ., 22 novembre 2007, n° 05-20974, Bull. n° 366.



Je vais prendre l'exemple récent d'un arrêt largement commenté dans les revues médicales, à propos d'un médecin qui avait prescrit à un nourrisson un médicament à base d'acide salicylique parce qu'il avait de la fièvre. Malheureusement, le pharmacien s'est trompé dans la lecture de l'ordonnance et a délivré un médicament à dosage supérieur qui a causé de graves séquelles à cet enfant. La responsabilité du pharmacien ne faisait évidemment aucun doute, mais les experts nous avaient dit - et non la Cour de cassation - que la prescription de médicaments salicylés pour un enfant de cet âge n'est pas de bonne pratique, et que l'on doit prescrire du paracétamol. En outre, le médecin n'avait pas indiqué sur l'ordonnance, comme il aurait dû le faire, l'âge et le poids du patient, de sorte qu'il y avait une faute médicale. Nous avons considéré que cette faute médicale n'avait pas de lien de causalité avec le dommage. Ces considérations-là avaient été faites par les professionnels de santé. Nous avons ajouté un élément juridique, ce qui relève de la fonction de juger : nous avons affirmé dans cet arrêt que le principe de liberté de prescription ne trouvait application que dans le respect du droit pour toute personne de recevoir les soins les plus appropriés à son âge et à son état, conformes aux données acquises de la science, et ne lui faisant pas courir de risque disproportionné par rapport au bénéfice escompté. Ainsi, la Cour d'appel avait pu déduire que M. X avait manqué à son obligation contractuelle de moyens²⁰. On est encore dans le régime antérieur.

Nous sommes donc quand même soumis très largement à ce que nous disent les professionnels de santé.

La deuxième observation que je voudrais faire, c'est que depuis trois ans que je suis à la 1^{ère} chambre civile, j'ai pu constater avec surprise que les dommages médicaux les plus graves n'étaient pas toujours liés à la complexité ou à la technicité des soins. C'était également l'observation de Geneviève Viney en 1997. La médecine était devenue technique et elle présente des risques mais très souvent, ce sont des erreurs banales et navrantes qui causent des dommages, l'erreur de l'employé ou du pharmacien qui a mal lu l'ordonnance par exemple.

Je pourrais prendre beaucoup d'autres exemples comme cette sage-femme qui omet de prendre la tension d'une jeune femme enceinte qui se plaint de douleurs et cette jeune femme décède le lendemain d'une crise d'éclampsie²¹. Ou encore, dernier exemple, avec un arrêt tout récent du 6 octobre. Un médecin ophtalmologiste, certes surchargé, n'avait pas prévu de créneau pour des urgences. Il ne reçoit pas un patient diabétique qu'il suit habituellement et qui présente des troubles visuels, ni même ne se donne la peine de lui indiquer un autre médecin qu'il pourrait consulter. Le patient a souffert d'une rétinopathie qui lui a laissé de graves séquelles. Nous avons alors approuvé la cour d'appel d'avoir condamné le médecin, en relevant que la surcharge des cabinets ne constituait pas une excuse, le médecin devant réserver les cas d'urgence²². Voilà les quelques éléments que je voulais fournir sur la faute.

20 Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n°09-68471, Bull. n° 201.

21 Cass., 2^{ème} civ., 15 avril 2010, pourvoi n°08-21611, Inédit au Bull.

22 Cass., 1^{ère} civ., 6 octobre 2011, pourvoi n°10-21212, Inédit au Bull.



En conclusion, il est effectivement difficile de savoir si, après la loi du 4 mars 2002, il y a eu un transfert de la faute vers la solidarité. Comme nous le disait M. Martin dès le début, ce n'est pas évident.

Nous allons maintenant passer au deuxième point clé que j'avais dégagé tout à l'heure : savoir si le critère sur lequel se fonde la différence de régime juridique que la loi établit entre d'une part, la faute et, d'autre part, l'accident médical, est un critère pertinent et un critère efficient.

Tout d'abord, il faut constater que le terme d'accident en soit est un terme ambigu, le mot « accident » ne révèle pas la notion juridique qu'il y a derrière. Prenons l'exemple des accidents de la circulation. Quand un accident de la circulation se produit, il y a en général une faute, c'est-à-dire que les accidents de la circulation sont le plus souvent des accidents fautifs : excès de vitesse etc. En revanche, dans la loi du 4 mars 2002, le terme d'« accident médical » qui a été préféré à celui d'« aléa thérapeutique », désigne un événement, certes fortuit, mais non fautif.

Le terme d'« accident médical » n'est pas défini dans la loi, en effet, mais cela résulte de toute la logique du système : l'accident médical c'est l'absence de faute. Contrairement à ce qui est une croyance répandue, parfois dans les médias et ce que pourrait laisser croire une lecture rapide de l'article L. 1142-1 II°, le législateur n'a pas entendu indemniser tous les accidents causés par un acte médical non fautif, même grave. Pour relever de la solidarité nationale, le dommage doit atteindre un certain seuil de gravité et il ne s'agit que des dommages « *directement imputables à des actes de prévention ou de soin, qui ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé et de son évolution prévisible* ».

La conséquence est qu'entre la responsabilité et la solidarité, il existe une zone grise, ou si vous voulez, une zone franche, puisqu'il n'y a pas de responsabilité, zone dans laquelle, comme par le passé, l'aléa thérapeutique ne donne lieu à aucune indemnisation pour la victime du dommage, pas même devant les juridictions administratives, puisque la jurisprudence *Bianchi* n'a plus lieu d'être.

A la première chambre civile, nous avons eu l'occasion de nous prononcer à cet égard dans un arrêt du 31 mars 2011, où nous avons estimé qu'une complication hémorragique survenue lors d'une opération de la colonne vertébrale, complication qui avait eu des conséquences gravissimes, ne pouvait pas être prise en charge par la solidarité nationale, parce que les experts avaient estimé que le patient, compte tenu de ses antécédents vasculaires, y était particulièrement exposé, de sorte que ces conséquences n'avaient pas le caractère anormal requis pour relever de la solidarité nationale²³.

D'autres cas limites vont certainement nous parvenir. Je pense par exemple à une hypothèse que nous avons rencontrée mais que nous n'avons pas vraiment eu à trancher : il s'agit de l'erreur de diagnostic non fautive. S'agit-il d'une erreur médicale relevant de la solidarité nationale ? Je m'explique. Voilà par exemple un médecin de garde qui est appelé au chevet d'une patiente qui se plaint de l'estomac. Or, assez souvent, les médecins peuvent se tromper entre les symptômes d'une banale

23 Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2011, n° 09-17135, Bull. n°69.



infection gastrique et de l'infarctus du myocarde. Supposant que le médecin n'ait pas fait le diagnostic à temps et que la patiente ait été hospitalisée trop tard, ou plus tard, et que son état se soit aggravé du fait de ce retard. Elle a donc perdu une chance de guérir plus rapidement.

Les experts disent toujours dans cette hypothèse, et je n'ai pas à porter de jugement la dessus, c'est la médecine qui nous le dit, que l'erreur de diagnostic n'est pas fautive dans ce cas là, parce qu'il y existait une véritable possibilité de confondre les symptômes. Peut-on alors considérer que le dommage résultant d'une erreur de diagnostic non fautive relève de la solidarité nationale ?

Je pense que cette question va venir un jour ou l'autre. Concernant l'accident médical, l'ONIAM a une très large réflexion sur cette question et M. Martin a beaucoup à nous apprendre sur ces recherches et réflexions de l'ONIAM sur la notion d'accident médical.

Dominique Martin

Ancien directeur de l'ONIAM

Avant même d'intervenir sur cette question, je voudrais souligner un élément du contexte politique au sens noble du mot : le dispositif de la loi du 4 mars 2002 est en effet à peu près unique au monde. La France est à peu près le seul pays au monde qui indemnise les victimes d'accidents médicaux non fautifs, à l'exception de la Belgique qui est en train de mettre en place un dispositif, extrêmement proche du dispositif français d'ailleurs, et de la Nouvelle-Zélande qui a un système général de réparation des accidents de la vie qui ressemble fort à notre système de sécurité sociale.

Les pays d'Europe du Nord, contrairement à ce que certains croient, n'indemnisent pas l'aléa thérapeutique. Ils indemnisent le fait qu'un acte qui a causé un dommage aurait été normalement mieux conduit par quelqu'un qui aurait été formé dans les universités. Cette construction montre qu'ils n'indemnisent donc pas l'aléa.

On a souvent entendu dire ce matin que la loi résolvait un problème devenu intenable. Moi je suis assez interrogatif sur cette notion « d'intenable ». J'ai bien compris que l'une des raisons de ce caractère intenable tenait à la divergence des jurisprudences des deux ordres de juridiction. Cela pourrait être une raison propre à notre pays. Mais au-delà, il n'y avait en soi rien d'intenable. Il y avait une réflexion au sein de la société française. Il y avait des projets qui avaient été construits, il y avait ces États généraux de la santé, mais tout cela aboutit à un choix qui n'était pas un choix, je dirais, par défaut, un choix imposé.

C'était un choix constructif, positif, volontaire, volontariste qui a été fait par les pouvoirs publics d'indemniser l'aléa, et ce n'était pas une évidence au regard de ce qui se passe dans le reste du monde. Je tiens à dire cela, parce que cela crée des problèmes sur la question des frontières et sur la question de savoir au nom de quoi et dans quelles conditions et quelles garanties engage-t-on la solidarité nationale, c'est-à-dire ce bien public qu'est l'argent public. C'est un point important et il y a eu sur ces questions beaucoup de discussions.

Ensuite, qu'est-ce que dit la loi ? Il y a eu beaucoup de spécialistes de l'appréciation de la loi, voire des spécialistes de l'interprétation de l'esprit de la loi. Vous l'avez dit Madame la présidente et il faut le répéter : il n'y a pas de définition de l'aléa thérapeutique dans la loi et je dirais, heureusement.

Par contre, il y a des éléments posés par le législateur qui visent à cadrer justement cette intervention de la solidarité nationale : il faut un acte de prévention, de diagnostic ou de soin, il faut un dommage qui soit directement imputable à cet acte et il faut que cet acte ne soit pas fautif, vous l'avez rappelé : l'aléa est subsidiaire à la faute. Et il faut que les conséquences de l'acte soient anormales au regard de l'état antérieur comme de l'évolution prévisible de cet état et présentent un caractère de gravité. Cela n'est pas une définition mais c'est quand même un cadrage au moyen de mots qui ont du sens.

Je vais les reprendre rapidement : un acte de prévention, de diagnostic ou de soin. Est-ce que tous les acteurs de santé entrent dans ce champ ? Il y a encore des zones d'interrogations sur les ostéopathe et les chiropracteurs car il ne rentrent pas complètement dans le champ des professionnels de santé, leur activité étant par ailleurs reconnue.

Que sont les actes de prévention, de diagnostic et de soin ? Est-ce que la chirurgie esthétique est un acte de soin, de prévention ou de diagnostic au sens où l'entend la loi ? Cela n'est aujourd'hui pas tranché. La discussion a lieu et devra sans doute être tranchée un jour, mais il est vrai que certains actes ne rentrent sans doute pas dans le champ de la loi.

A ce titre, je signale que la loi belge prévoit expressément l'exclusion des actes de chirurgie esthétique de son champ. Les pouvoirs publics belges ont estimé que ce qui relevait d'une intervention dite de « confort », ne pouvait pas rentrer dans le champ d'intervention de la solidarité nationale. On ne mobilise pas la solidarité nationale pour des actes de cette nature. Ainsi l'ont estimé les pouvoirs publics belges et le législateur belge dans la loi qu'il a votée.

En France, la question de la chirurgie esthétique n'est pas tranchée. On encadre la chirurgie esthétique, on autorise la chirurgie esthétique dans les établissements de santé. Il faut donc bien en assumer les conséquences. Mais faut-il considérer que l'aléa qui survient à cette occasion doit être indemnisé au titre de la solidarité nationale ? Les deux options parfaitement défendables et c'est le juge qui tranchera. Des jugements ont été rendus, en première instance, mais les cours d'appel et les cours suprêmes ne se sont pas prononcées à ma connaissance sur ce sujet.

Que l'acte ne soit pas fautif, on l'a vu, je n'y reviens pas mais la question de l'anormalité de ses conséquences au regard de l'état de santé antérieur du patient comme de l'évolution prévisible de cet état est évidemment au cœur du sujet. Ces conséquences ne délimitent pas ce que vous avez pu évoquer comme une zone grise ou franche, elles délimitent le champ d'intervention de la solidarité nationale. Les pouvoirs publics et le législateur ont décidé que ces interventions aient un cadre et ce cadre peut évoluer. Pour qu'il évolue dans de bonnes conditions démocratiques, encore faut-il qu'il soit bien repéré, notamment par les décisions



de justice. Alors qu'est-ce qu'un acte emportant des conséquences anormales au regard de l'état antérieur comme de son évolution prévisible ?

Pour rebondir sur la question de l'aléa diagnostic que vous avez évoquée, on pourrait se demander si l'échec thérapeutique peut et doit être indemnisé au titre de la solidarité nationale ? Et j'ai envie de lier les deux questions : est-ce que l'aléa diagnostic, pour les mêmes raisons, doit être et peut être indemnisé au titre de la solidarité nationale ? Pour moi ces deux situations très différentes sont d'une certaine manière liées. *A priori* la réponse doit être négative parce que cela entraînerait à mon sens une dérive vers une obligation de résultat, qui ne serait alors sans doute pas mise à la charge du professionnel mais à la charge de la société, et créerait une illusion dangereuse sur ce que l'on peut attendre de la médecine. Tous les diagnostics ne sont pas possibles, toutes les thérapeutiques ne sont pas efficaces. C'est comme cela et il faut vivre avec.

Par ailleurs, je rappelle que nous sommes dans un pays où il y a un système de sécurité sociale qui est quand même important avec une prise en charge des soins et du handicap qui est loin d'être négligeable. Il y a des filets de sécurité généraux sociaux. La question est alors de savoir si l'on va plus loin, si au nom de la solidarité nationale, on doit tenir un échec thérapeutique pour un accident médical ? Est-ce qu'un acte de prévention qui a échoué, un vaccin qui n'a pas eu l'effet attendu, un contraceptif qui n'a pas fonctionné comme il aurait du (et la personne se retrouve enceinte) ? Est-ce que ces échecs thérapeutiques possibles doivent donner lieu à indemnisation ? A mon sens non, pour des raisons tout à fait profondes qui ont trait à ce qu'est la médecine et ce vers quoi nous entraînerait ce type de démarche.

La question de l'aléa diagnostic a été déjà débattue devant les juges du fond, qui ont pour l'instant tranché dans le sens qu'il n'y a pas d'indemnisation de l'aléa diagnostique et ce, pour les mêmes raisons à mon sens, que l'échec thérapeutique.

Que se passe-t-il quand un diagnostic n'est pas fait ?

De deux choses l'une. Soit le diagnostic n'est pas fait alors qu'il aurait du l'être et il y a faute. Soit les connaissances du moment ne permettaient pas de faire ce diagnostic ou entraînaient un diagnostic erroné, au moins en attendant que le vrai diagnostic ne soit fait, avec des dommages. Se trouve-t-on dans ce second cas, en présence de quelque chose d'indemnisable au titre de la solidarité nationale ? Pour les mêmes raisons à mon sens que l'échec thérapeutique, non. Il ne se passe rien d'autre que l'évolution de la maladie, il n'y a pas d'acte qui a causé le dommage que l'on constate. C'est bien la maladie dont on n'a pas pu empêcher l'évolution qui a causé les dommages qui sont constatés. Cela n'est en tout cas pas anormal au regard de l'état antérieur, la maladie, et au regard de son évolution prévisible. Il peut y avoir une ambiguïté sur la notion de diagnostic parce que dans les textes on parle de prévention de soins et de diagnostic. Mais par diagnostic, il faut entendre diagnostic par des actes invasifs, des diagnostics comme ceux permis par des artériographie, etc. qui sont des actes pouvant par eux-mêmes entraîner des blessures. C'est alors une toute autre chose. Mais peut-il y avoir une indemnisation au titre de la solidarité dans une situation où le professionnel n'était pas en mesure, pour des raisons de connaissances, de développement, d'évolution de la maladie, de faire le diagnostic ?



Mon sentiment, c'est que fondamentalement non. L'admettre entraînerait des changements profonds, y compris dans la conduite de la démarche médicale. La conduite de la démarche médicale consiste à faire des diagnostics différentiels, à chercher, à évaluer, à se poser des questions, ce qui implique, éventuellement, de se tromper. C'est une démarche empirique très largement assise sur des données empiriques. Il y a de nombreuses situations où l'on ne fait pas le diagnostic du premier coup, où le diagnostic n'est permis que par la survenance d'un événement supplémentaire, lequel peut causer des dommages.

Je ne crois pas que cela puisse ou doive fonder l'intervention de la solidarité nationale. C'est un point qui me paraît, à mon sens, important, parce qu'il pose la question des relations entre les décisions prises en termes de réparation qu'elles soient amiables ou juridictionnelles, et le fonctionnement du système médical qui a ses règles. Certaines doivent être balisées, mais d'autres doivent à mon sens être respectées comme partie d'un processus normal de fonctionnement de l'art médical.

Et surtout préserver l'idée que la médecine ne peut pas tout. Donner l'idée que la médecine peut tout et que la solidarité va se substituer au médecin pour réparer le dommage au-delà de l'intervention de la sécurité sociale et de la solidarité de droit commun, serait entretenir des illusions dangereuses qui mettraient les médecins en position difficile et qui créeraient des croyances à mon sens illusoire et dangereuses chez les patients.

Une autre situation très discutée aussi est celle de l'accident dans l'environnement obstétrical. Est-ce qu'un accouchement est un acte médical et est-ce qu'un accident qui a lieu à l'occasion d'un accouchement est forcément un accident médical ? C'est une vraie question qui elle aussi, a commencé d'être largement débattue devant les juges du fond. Mais le débat ne mérite sans doute pas d'être poursuivi. A mon sens il ne peut y avoir de réponse positive ou négative dans l'absolu. Tout dépend des circonstances. Il me semble heureux de pouvoir accoucher à l'hôpital ou dans des cliniques, c'est-à-dire dans un environnement médicalisé. Mais on pourrait soutenir que le fait d'accoucher dans un établissement de santé fait que l'accouchement est nécessairement en soi un acte médical et donc, que tout événement lié à cet accouchement est un accident médical. La réponse qui est la mienne est que non. Il faut regarder les choses concrètement. Ce n'est pas parce qu'une femme au moment d'accoucher est monitorée, que l'accouchement se passe mal, par exemple avec une hémorragie, qu'il y a un accident médical. Pour qu'il y ait accident médical, il faut qu'il y ait un lien entre le monitoring et l'hémorragie. Sinon, on est face à des événements qui n'ont pas de lien entre eux.

La seule automaticité qui peut exister, c'est que le fait d'être dans un établissement de santé pose la question d'une éventuelle infection nosocomiale. Ici, l'environnement à soi seul suffit. Mais l'acte médical doit encore être caractérisé. Une manœuvre qui crée une paralysie du plexus radial : oui la question se pose. Il y a bien quelque chose qui s'est passé. Mais un accouchement qui se passe seul ou simplement monitoré, sans intervention spécifique et qui se conclut par une hémorragie ou quelque chose comme cela, n'est pas forcément un accident médical. L'accident ou l'aléa thérapeutique n'est pas une boîte noire. L'aléa thérapeutique ne se présume pas.



A mon sens, il faut qu'il y ait de la vraisemblance et du bon sens. C'est-à-dire qu'il faut qu'il y ait un lien entre l'acte et ce qui s'est passé. Il ne suffit pas que les choses se soient passées dans le même environnement sans lien les unes avec les autres, pour que l'on soit en présence d'un accident médical. Il faut fondamentalement, c'est ce que dit le texte, et à mon avis il faut s'y tenir de la façon la plus stricte, qu'il y ait un lien de vraisemblance, physiologique, physiopathologique, pour que l'on soit capable de dire « oui c'est possible » et pas simplement « c'est arrivé à l'hôpital, donc c'est un accident médical ». Ce raisonnement ne se justifie pas et du point de vue du intellectuel, il est à mon sens insuffisant.

Il faut regarder les choses concrètement. Il y a des situations concrètes et quand on les regarde, on peut tout à fait trouver des situations d'accident médical. Mais encore une fois, mon point de vue aujourd'hui est que l'aléa ne se présume pas et se démontre comme doit se démontrer la faute. Il se démontre sur d'autres bases, mais il doit se démontrer.

Frédérique Dreifuss-Netter

*Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Présidente de la table ronde*

Vous êtes extrêmement convainquant mais je dirais que tout se discute, même la chirurgie esthétique. Je me rappelais en vous écoutant qu'il y a quelques jours, le professeur Sicard, ancien président du Comité national d'éthique, s'interrogeait dans un autre contexte sur le fait que la médecine aujourd'hui n'hésite pas à mettre en œuvre les moyens les plus sophistiqués et les plus coûteux pour remédier aux douleurs d'un jeune homme qui s'est fait mal au coude en jouant au tennis. Personnellement, j'ai toujours un peu de mal avec la notion de médecine de convenance et de médecine de confort par rapport à la vraie médecine de soin.

On pourrait discuter d'autres points mais je laisse ce soin à Jean-Philippe Thiellay.

Jean-Philippe Thiellay

*Rapporteur public à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux
du Conseil d'État*

Je suis globalement d'accord avec ce qu'a dit Dominique Martin dans sa présentation. Il suffit de lire le II de l'article L. 1142-1 pour partager très largement ce qui vient d'être dit.

Je ferai cependant trois séries d'observations relativement brèves. D'abord, pour dire que le juge, comme un établissement public du reste, applique la loi. On est donc forcé de constater les choix que le législateur a faits et qui sont traduits dans des termes assez clairs. Je suis ainsi d'accord pour dire que le législateur n'a pas institué un nouveau régime de sécurité sociale à la néo-zélandaise. La loi n'a pas prévu la couverture d'un nouveau risque qui serait tout risque lié à l'acte de soin. Je crois que, même si sans doute pour les victimes et les associations de victimes en 2011 et en 2012, l'idée est assez difficile à accepter, « la faute à pas de chance »

continue à exister en matière médicale, que l'on qualifie cela de zone franche, de zone grise ou plus philosophiquement en termes de poids du destin, de force du destin... Il faut l'accepter.

Après, il y a d'autres mécanismes assurantiels et quand on lit l'article L. 1142-1 II, on déduit que cette zone là existe. Il faut aussi se mettre à la place du juge qui, heureusement peut s'appuyer sur des expertises médicales extrêmement bien faites. Je dirais que pour la centaine de dossiers que nous voyons chaque année au Conseil d'État, c'est assez souvent le cas. Il y a aussi l'hypothèse où le juge du fond, le tribunal administratif, prenant le dossier en premier, se trouve face à une expertise qui pourra dans certains cas ne pas être satisfaisante, ou aussi, face à un expert qui pourra être consciencieux mais qui se trouve face à des réalités physiologiques difficiles à expliquer. Il y a donc « la faute à pas de chance » ; il y a aussi l'inexplicable et l'inexpliqué. Je crois que la science médicale ne permet pas d'arriver à des certitudes dans toutes les hypothèses et donc le juge, qui est en bout de chaîne lorsque tout a échoué précédemment, y compris les procédures amiables, fait avec ce qu'il a.

Cette zone franche, cette zone grise, cette « faute à pas de chance » inexplicquée, existe. Il appartient donc au juge de qualifier les faits ; il doit, lorsque c'est possible, faire basculer cet inexplicable dans le champ du II de l'article L. 1142-1 ; il doit, quand cela n'est pas possible, conserver les raisonnements habituels. Je suis donc d'accord pour dire que ce régime n'est pas un régime universel.

Sur les termes de la loi : mon sentiment, alors que la jurisprudence du Conseil d'État est balbutiante, est que le champ d'application du II de l'article L. 1142-1 est très large. D'abord sur la notion d'accident médical en soi et sur les actes qui peuvent être à l'origine de cet accident (acte de prévention, de diagnostic et de soin). Je crois que le champ de la loi est très large et que par « *acte de prévention, de diagnostic et de soin* », le législateur a en réalité essayé de couvrir la quasi-totalité des hypothèses susceptibles de se trouver dans une clinique, un établissement public ou dans le secret d'un cabinet médical.

Je trouve que si, dans la lignée de ce qui a été dit par ailleurs, concernant le versement de certaines prestations sociales ou des mesures que l'on pourrait qualifier d'économies dans le contexte actuel, le législateur décidait d'exclure les actes de confort, la chirurgie esthétique et autres, il faudrait le dire nettement, cela faciliterait le travail du juge. Dans un premier mouvement, on a tendance à penser que le législateur a voulu inclure tout ce qui se passait dans ces lieux-là.

En revanche, et très clairement, pour l'aléa de diagnostic, je n'ai aucun doute que l'opération actuelle par laquelle un praticien établit un diagnostic est un agissement médical. Le fait d'établir un diagnostic est un acte de prévention, de diagnostic et de soin.

Je ne vais pas revenir sur le fait que l'acte de diagnostic relève d'une catégorie juridique bien particulière et que toute erreur de diagnostic n'est pas fautive, et cela depuis bien longtemps, mais l'aléa de diagnostic *a priori*, me paraît difficile. Même si l'on a bien conscience qu'il y a une obligation de résultat, presque automatique. En revanche, ce qu'il ne faut pas méconnaître, c'est le lien de causalité dont la



table ronde suivante traitera. Il faut que l'accident soit directement imputable et là-dessus, sur ce lien de causalité, il y a matière à discussion, matière à contrôle et il y a matière pour l'expert à se prononcer fermement. Cela ne signifie donc pas que tout accident médical intervenu dans ces lieux-là entrerait *ipso facto* dans le champ de l'article. Il faut que le dommage soit directement imputable à un acte et donc ce lien de causalité est tout à fait central dans le raisonnement.

Je terminerai par une question, qui est parmi les plus délicates et sur laquelle les juridictions suprêmes devront se prononcer. Il s'agit du lien avec l'état de santé et « l'évolution prévisible » de celui-ci. Cette évolution prévisible est une notion extrêmement large. Pour aller au bout du raisonnement et le présenter de manière caricaturale, je dirais que l'évolution prévisible de notre état de santé à tous, on le connaît. Comme disait Keynes : « *à long terme on sera tous mort* », et l'évolution prévisible d'un être humain c'est de mourir. Est-ce que le juge doit avoir une lecture étroite de l'évolution prévisible ou bien une lecture large qui conduit à exclure de ce champ d'application un nombre important de cas ? C'est une question redoutable, parce que, par ce biais là, on peut faire sortir de nombreuses hypothèses qui, en principe pourraient entrer dans le champ d'application de la loi.

Mon sentiment est que cette tentation d'avoir une lecture large de l'évolution prévisible et donc d'exclure le bénéfice du II de l'article L. 1142-1 est très forte. Sous l'empire de la jurisprudence *Bianchi*, où la condition n'était pas rédigée de manière tout à fait comparable, on trouve certaines jurisprudences, rendues y compris sur des conclusions contraires de commissaires de gouvernement, qui ont retenu cette notion large. Des juges sont partis de l'idée que si le risque intervenu n'était pas exactement celui dont le patient avait été informé qu'il y était exposé, il était intervenu dans la même partie du corps (par exemple pour rupture d'anévrisme) et donc que ce patient devait être regardé comme y ayant été exposé. Or ce risque-là, avec un terme très large « évolution prévisible », est très fort. Il faudra, je ne dirais pas surveiller, mais prêter toute l'attention qu'elle mérite à cette question parce qu'elle est centrale.

L'idée d'imputabilité répond chez le juge à des notions très claires : « l'évolution prévisible de l'état de santé », c'est moins clair. Quel sera aussi le rôle du juge de cassation vis-à-vis des juges du fond ? Ce sera aussi une question que nous aurons à examiner dans les prochains mois.

Voilà ce que je voulais dire en réaction aux propos des autres intervenants.

Frédérique Dreifuss-Netter
Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Présidente de la table ronde

Le débat devient tout à fait passionnant, M. le député, vous vouliez ajouter quelque chose ?

J'ai indiqué tout à l'heure que ce qui me semblait vraiment fondamental est de déterminer les lignes de partage entre la solidarité nationale, la responsabilité médicale.

Quelles que soient les solutions juridiques qui ressortent, qu'elles soient d'origine législative, réglementaire ou jurisprudentielle, et je vais indiquer toute à l'heure quelle est ma préférence en matière de droit de la responsabilité, personne ne peut s'exonérer d'une réflexion préalable sur le partage entre la solidarité nationale d'une part, et la responsabilité médicale de l'autre.

Pour répondre à M. Thiellay, et je lie aux miennes les remarques et observations qu'il a faites, il faut que le législateur prenne ses responsabilités et toutes ses responsabilités. Prendre ses responsabilités, c'est d'abord intervenir mais c'est aussi connaître les limites de l'intervention du législateur. Je crois que s'il y a un domaine où l'appréciation *in concreto* comme disent les juristes, est fondamentale, c'est celui de la responsabilité. Je le dis, la responsabilité, c'est pour moi d'abord la jurisprudence.

Tout ce que vous avez cité, MM. Martin et Thiellay, Mme Dreifuss-Netter, montre que l'on est face à une infinité de cas. Or il est absolument impossible que le législateur édicte une règle générale et abstraite qui trouverait à s'appliquer inmanquablement et inéluctablement à toutes les situations diverses et variées que vous avez citées les uns et les autres. Je crois donc qu'il faut que le législateur, comme on le dit souvent en se référant à Montesquieu, « *légifère la main tremblante* » et qu'il fasse très attention à ces problèmes de responsabilité.

Il doit à mon avis jeter les bases générales de la responsabilité et dans un certain nombre de cas, ce serait très général car, et je suis en plein accord avec M. Thiellay, que l'on parle par exemple de l'évolution prévisible de l'état de santé, nous sommes tout à fait extérieurs aux considérations juridiques. C'est vraiment tout ce que l'on veut sauf du droit. Et pourtant on a inscrit ces termes là dans la loi.

Je crois qu'il faut regarder cela de façon très précise. Le législateur doit poser des principes généraux parce que c'est son rôle. Il ne faut vraiment pas lui retirer son rôle et personne d'ailleurs ne le souhaite. C'est à lui de prendre cette responsabilité. Le rôle du législateur doit s'arrêter à mon avis à l'édition de régimes spéciaux, quand il dispose des éléments nécessaires sur un point ou sur un autre. Le rapport d'information dont je vous parlais portait sur un point précis : celui des infections nosocomiales. Et la solution qui a été dégagée par le législateur est à l'inverse du principe de la responsabilité pour faute.

En matière d'infection nosocomiale, il y a responsabilité de plein droit des établissements de santé, et non des professionnels de santé. La responsabilité engagée est seulement celle des établissements de santé, sauf preuve d'une cause étrangère. Le principe est donc complètement renversé. Voilà un exemple de responsabilité spéciale.

Pour tout ce qui concerne la responsabilité générale, je crois vraiment que le législateur doit se cantonner à l'édictation de principes même si cela peut apparaître très insuffisant. Il me semble en effet très difficile d'aller au-delà. Il faut laisser à la jurisprudence et aux experts le soin de préciser les choses en ayant toujours cependant en tête, et cela vaut que l'on soit législateur ou que l'on soit juge, une idée absolument nécessaire, absolument fondamentale : trouver un équilibre entre ce qui relève de la responsabilité et ce qui relève de la solidarité. Dominique Martin l'a bien relevé toute à l'heure, tout ne peut pas relever de la solidarité nationale, sinon on aurait une société déséquilibrée qui marcherait sur deux pieds, l'un étant plus grand que l'autre. La solidarité nationale est nécessaire mais un excès de solidarité nationale ferait une société qui à mon avis ne serait pas suffisamment équilibrée.

Frédérique Dreifuss-Netter

Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Présidente de la table ronde

Je crois que nous sommes tous d'accord M. le député avec vos observations et nous vous remercions de cet hommage rendu à la jurisprudence.

Il nous reste encore un point important, toujours à l'intérieur de ce deuxième point clé sur la distinction entre l'accident médical et la faute. Vous le savez, nous avons eu à nous prononcer sur une hypothèse très intéressante qui, précisément, n'avait pas été envisagée avec beaucoup de clarté par le législateur. Il y avait des textes difficiles à concilier. La question était de savoir s'il était possible de combiner, à l'occasion d'un même dommage, la responsabilité et la solidarité. A cet égard, la Cour de cassation a précédé de quelques jours le Conseil d'État en mars 2010.

Pour la Cour de cassation, l'affaire était la suivante : un médecin avait été condamné à réparer à hauteur de 80 % le préjudice subi par un patient du fait de l'inexécution de son obligation d'information. Ce manquement avait fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage, vous connaissez très bien cette jurisprudence. La question était de savoir si les 20 % restant, non indemnisés, devaient être pris en charge par l'ONIAM. Ce dernier, pour refuser son concours, s'appuyait sur le principe de subsidiarité que j'ai évoqué toute à l'heure, la solidarité n'intervenant qu'à titre subsidiaire lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé n'est pas engagée.

Or, les avocats de l'ONIAM disaient que la responsabilité du médecin était bien engagée puisque il avait été condamné au titre du défaut d'information. Au visa des articles L. 1142-1 et L. 1142-18, qui certes n'étaient relatifs qu'aux seules CRCl, et on pourrait débattre de ce visa, la Cour de cassation a estimé « *que ne peuvent être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif* »²⁴. Or, ce qui est important dans cet arrêt, c'est sa motivation, car il me semble qu'il est fondé sur l'autonomie du préjudice résultant de la perte de chance.

Certes, le fait pour le médecin de ne pas avoir informé son patient est une faute, mais le dommage reste causé par la survenance d'un aléa thérapeutique, lequel doit

²⁴ Cass., 1^{ère} civ., 11 mars 2010, n°09-11270, Bull. n°63.

entraîner le concours de la solidarité nationale. Notre arrêt a été rendu dans une hypothèse particulière puisque, d'un côté, il y avait un aléa qui était un événement strictement médical et, de l'autre côté, il n'y avait pas une faute technique mais la violation d'un devoir d'information. On pouvait hésiter quelque peu sur la portée de cette jurisprudence. Le Conseil d'État est allé un peu plus loin quelques jours plus tard. Je vais bien évidemment laisser la parole au rapporteur public pour nous dire ce qu'il pense de notre arrêt et pour nous exposer la portée de l'arrêt du Conseil d'État. Dans ce dernier arrêt, il y avait bien une perte de chance et un aléa, mais la perte de chance était due non pas à un défaut d'information mais à une faute médicale technique. Est-ce que vous pouvez nous l'expliquer ?

Jean-Philippe Thiellay

*Rapporteur public à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux
du Conseil d'État*

Oui, absolument. Pour cet arrêt du 30 mars 2011²⁵, vous aviez beaucoup d'avance par rapport à nous. Je voulais avant de venir à cet arrêt, vous dire que cette construction très originale que le législateur a bâtie, pousse le juge, on le voit depuis toute à l'heure, à inventer des modes de raisonnements particuliers, qui sont parfois en décalage avec les modes de raisonnement établis. Je m'explique.

Vous avez tout de suite mis le doigt sur la difficulté liée à la perte de chance. Sur l'articulation entre la responsabilité pour faute et l'indemnisation solidaire, on est confronté à la question du lien de causalité parce que lorsque l'on a une perte de chance, qu'elle soit causée par un acte technique, un agissement médical, ou par un défaut d'information, le lien avec le dommage corporel n'est pas tout à fait direct. C'est un lien de causalité distendu. Un défaut d'information n'a jamais à soi seul, entraîné de dommages corporels.

Il faut faire un détour par la décision du patient de se soumettre à l'intervention et d'encourir ce qui s'est passé par la suite. Et on arrive à combiner, dans des conditions sur lesquelles je vais revenir, une responsabilité pour faute avec un lien de causalité distendu, avec un mécanisme d'indemnisation solidaire créé par la loi. Cela devient extrêmement compliqué et j'ai le sentiment, je vous livre tout de suite ma conclusion en quelque sorte, que cette construction, le juge l'applique avec le même souci que le législateur, et c'est rassurant. Son objectif principal en effet est d'apporter une réponse en termes d'indemnisation à des situations humaines.

A partir de là, si l'on garde ce souci-là qui résulte de l'intention claire du législateur, on arrive à trouver des réponses qu'un pur raisonnement juridique ne permettrait pas nécessairement de construire. C'est assez théorique mais je vous livre la difficulté intellectuelle, telle que je la perçois, celle du juge, parce que dans un premier mouvement, on aurait pu penser que l'intervention de l'ONIAM n'était que subsidiaire.

S'il y a une faute, elle est en principe exclusive de tout autre mécanisme juridique. En quelque sorte, la faute fait écran. Selon ce raisonnement, s'il y a une faute, l'ONIAM n'a rien à faire dans la procédure d'indemnisation : la structure même de

²⁵ CE, 30 mars 2011, *ONIAM c/ Hautreux*, n° 327669, Rec. p. 148.

l'article 1142-1 le démontre. On peut tout à fait imaginer des hypothèses où un geste médical malheureux provoque un accident thérapeutique qui serait qualifié d'aléa parce qu'il serait exceptionnel. Nous n'avons pas eu ce cas de figure là, mais là je crois que le juge serait amené à apprécier le lien entre la faute bien identifiée et le dommage.

Autrement dit, pour reprendre les termes de la jurisprudence, si la faute porte en elle l'intégralité du préjudice, à ce moment là, le juge n'a pas vraiment besoin d'aller plus loin. Il s'arrête au I : la faute porte en elle le dommage et l'indemnisation pèsera sur le professionnel.

Les cas de figure sur lesquels la Cour de cassation et le Conseil d'État ont eu à se pencher récemment montrent que cette loi continue toujours à soulever des questions. Elle comporte non pas un mécanisme de subsidiarité ou d'alternative, mais plutôt un mécanisme de complémentarité. Et cela, on ne l'avait pas vraiment vu en construisant la loi du 4 mars 2002.

Dans certains cas bien précis que la jurisprudence commence à illustrer, l'indemnisation solidaire peut en effet venir compléter le raisonnement traditionnel de la responsabilité pour faute. Et évidemment, tout ce qui s'est passé depuis plusieurs années concernant la théorie de la perte de chance, qui conduit à une indemnisation seulement partielle calculée selon des modalités sur lesquelles on reviendra, encourage cette complémentarité.

Selon la jurisprudence de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation que vous avez décrite, la faute résultant du défaut d'information, empêche le patient d'échapper à l'aléa. Mais on pourrait aussi imaginer le cas inverse où l'aléa, l'accident thérapeutique qui n'est pas fautif, donne l'occasion au service qui traite cet aléa, de commettre une faute. Est-ce que dans cette hypothèse, la faute redevient première dans le lien de causalité ? La faute redeviendrait première me semble-t-il, mais là aussi, seulement pour ouvrir droit à réparation des dommages directement liés à la faute et non pas pour indemniser l'ensemble des préjudices qui étaient liés à l'aléa. On reviendrait donc à un raisonnement juridique bien connu en termes d'aggravation du dommage par exemple. On peut l'imaginer.

Mais l'hypothèse qui a été citée toute à l'heure, celle de l'arrêt *Hautreux* du 30 mars 2011²⁶ est une hypothèse où l'aléa thérapeutique n'a pas été bien traité. Il s'agissait d'une thrombose qui n'avait pas d'origine fautive, qui n'avait pas été provoquée par un agissement médical fautif et qui aurait pu être traitée assez facilement. Les experts disaient qu'un traitement convenable aurait permis dans 80% des cas de revenir à la situation qui existait avant l'accident. Mais le traitement, la qualité de la surveillance du patient et le délai trop long mis à prendre les mesures qui s'imposaient, ont fait perdre 20% de chance au patient d'échapper à son sort.

Dans cette hypothèse, il a été jugé que le I et le II de l'article L. 1142-1 pouvaient s'articuler. Qu'est-ce que cela implique pour le procès et pour les parties ? Il faut imaginer que, face à une loi aussi complexe, il y a des stratégies, et le terme est employé sans aucune connotation péjorative. Les parties ont un large choix : aller devant la CRCI ou aller directement devant le juge. On voit maintenant en

²⁶ CE, 30 mars 2011, *ONIAM c/ Hauteux*, n° 327669, Rec. p. 148.



2011 qu'il y a la possibilité, non seulement de former des conclusions contre un établissement ou un professionnel mais aussi de rechercher la mise en cause de l'ONIAM.

Frédérique Dreifuss-Netter

Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Présidente de la table ronde

Merci beaucoup. Faisons valoir le principe du contradictoire : il y a une jurisprudence commune de la Cour de cassation et du Conseil d'État à laquelle l'ONIAM est bien obligé de se ranger. Aussi nous donnons la parole à l'ONIAM.

Dominique Martin

Ancien directeur de l'ONIAM

J'ai cru déceler dans votre présentation Madame la présidente, une pointe d'ironie sur le positionnement de l'ONIAM. Je voudrais évidemment y répondre.

Tout d'abord, je souhaiterais signaler que pour l'ONIAM, il n'y a pas de sujet. L'ONIAM conduit une politique publique et fait tous les efforts qui sont possibles – et ils sont grands, je rends à ce titre hommage à l'équipe juridique de l'ONIAM, pour comprendre la loi et faire avancer les choses sous le contrôle du juge.

Changer de position pour l'ONIAM n'est donc pas un sujet : faire avancer les choses est complètement dans son métier et quand le juge contredit une position qui a été prise par l'ONIAM, cela ne pose aucune difficulté. Ceci est parfaitement inscrit dans la démarche de politique publique.

Deuxième point, ce n'est pas parce que l'ONIAM a des positions qui sont celles qu'il met en avant dans le cadre du débat contradictoire que c'est nécessairement la solution à laquelle il pense légitime d'aboutir.

Simplement, vous l'avez rappelé, ainsi que Jean-Philippe Thiellay, il y a des éléments stratégiques. Si l'ONIAM ne défend pas un certain point de vue, si tout le monde est d'accord, ce n'est pas la peine d'aller devant le juge. Il faut bien faire valoir des arguments avec intelligence mais aussi sans doute avec pugnacité, de façon à ce que l'équilibre encore une fois soit trouvé par le juge, sur la juste interprétation.

Sur la question du partage, je rappellerai juste que l'ONIAM pratique l'indemnisation au titre du partage depuis le tout début du dispositif, dans un cadre amiable. Cela n'a jamais posé de problème. L'ONIAM n'a jamais été opposé au partage. L'ONIAM a souhaité que les questions soient posées et soient débattues. D'ailleurs, pour répondre à votre question de toute à l'heure, je ne suis pas juriste, mais j'ai cru comprendre que le positionnement de l'ONIAM avait peut-être poussé la Cour de cassation à chercher des solutions, disons, originales, sur le défaut d'information. C'est alors tant mieux : c'est la preuve que le débat méritait d'être tenu.

Sur la question de la perte de chance, je souhaiterais juste faire une petite remarque de quasi béotien, alors plus tout à fait en droit. Une des choses qui m'a

le plus marqué est que la perte de chance est vraiment pour moi, après l'avoir observée, un concept d'ajustement assez amusant à suivre sur la durée. Vous savez que l'on parle de variable d'ajustement en économie. La perte de chance, c'est un concept d'ajustement qui est tantôt un préjudice total, tantôt un préjudice partiel. Je trouve assez intéressant de le voir vivre, même sur une dizaine d'années, pendant lesquelles semble-t-il, il a déjà évolué. Mais il n'y a pas de difficultés *a priori*. Là où les choses sont tranchées, l'ONIAM évidemment s'adaptera, mais ce n'est pas une contrainte, il ne faut certainement pas le présenter comme cela. La jurisprudence sur le défaut d'information est totalement inscrite maintenant dans la politique contentieuse de l'ONIAM.

Le Conseil d'État a tranché la séquence « aléa suivi d'une faute ». Sur ce point l'arrêt *Hautreux*, et sans révéler de secrets, a plutôt plu au fond à l'ONIAM, qui a considéré que c'était une séquence tout à fait possible. Reste la question « faute suivie d'un aléa », faute non pas détachée comme l'est le défaut d'information, mais une faute technique suivie d'un aléa. Pour moi c'est une situation qui doit être rarissime et je ne vois pas trop à quoi cela correspond, mais passons. Admettons qu'elle puisse se poser, et il y a là un vrai sujet.

Sur la question de l'atteinte ou des seuils, une vraie question se pose également. Je suis entièrement en phase avec la position, disons philosophique, de Jean-Philippe Thiellay. L'aléa n'aurait peut-être pas atteint les seuils s'il n'avait pas été aggravé par une faute consistant en la mauvaise prise en charge de cet aléa. Je pense qu'il faut avoir une approche globale, prendre les choses dans leur globalité et ne pas chercher des échappatoires inutiles. Il est normal que la personne soit entièrement indemnisée. Une partie à charge de la solidarité et une partie à charge du responsable qui a mal pris en charge l'aléa ou alors il faut tout mettre à charge de celui qui a mal conduit le traitement. Il n'y a pas de raison que la personne ne soit pas indemnisée de son entier préjudice. J'en suis conscient et j'adhère totalement à ce raisonnement. Il n'y a pas de difficultés, les choses avancent.

Encore une fois, ces questions de partage méritaient. L'ONIAM a souhaité apporter des éléments, y compris la contradiction et il prend acte de manière tout à fait normale des décisions prises par le juge. On ne peut pas dire que l'ONIAM dise et écrive que tout se fait sous le contrôle du juge, sans qu'il tire les conséquences de sa jurisprudence.

La vérité n'est pas écrite je ne sais où, sinon dans la loi. Elle est interprétée par le juge, Monsieur le député a bien dit que la loi ne pouvait pas tout dire. Les juges disent de leur côté la vérité de la loi, c'est aussi simple que cela. L'opérateur qu'est l'ONIAM applique ce que disent les juges et en aucun cas il ne vit cela comme une contrainte.

Dans les débats, on a évoqué notamment la chirurgie esthétique : s'il y a des choses pour lesquelles le juge a pris des décisions, qui ne sont éventuellement pas celles que les pouvoirs publics voudraient voir suivre, et bien charge aux pouvoirs publics et au législateur de modifier les textes. Cela se fait assez régulièrement, considérant que le partage de responsabilité ne doit pas être étendu ou doit au contraire être étendu. Il y a sans doute un certain nombre de sujets dans la loi qui méritent d'être



retouchés dans le sens qui pourrait être issu d'un débat public sur la question. Voilà, je voulais juste dire cela, il n'y a pas de difficultés, au contraire, sur cette question me semble-t-il.

Frédérique Dreifuss-Netter

Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Présidente de la table ronde

On pourrait faire un colloque sur la notion de vérité, cela a déjà été fait, notamment la vérité judiciaire.

Sinon je tiens à préciser que loin de moi l'idée d'ironiser sur l'ONIAM ou sur sa remarquable équipe de juristes, pour laquelle nous avons énormément d'estime. Si j'ai présenté les choses de façon peut-être simplificatrice, c'était à des fins pédagogiques, pas du tout pour caricaturer la position de l'ONIAM.

Je propose donc que maintenant nous passions à une sorte de bilan et je donnerai là mon sentiment sur cette loi du 4 mars 2002 et ses nouvelles procédures. Bien sûr, dans la très grande majorité des cas, cette loi a considérablement amélioré la situation des victimes, qui sont prises en charge dans le cadre d'une procédure amiable, qui n'ont plus affaire aux juridictions et qui sont très bien indemnisées par l'ONIAM. Il n'y a pas de problème.

Cependant, ce qui me frappe c'est que dans quelques cas, et ce sont toujours des cas très graves qui arrivent devant 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, je me demande si la multiplicité des interlocuteurs et la complexité des procédures ne transforment pas cette procédure d'indemnisation en un véritable parcours du combattant, sachant que chacun des acteurs agit dans un intérêt public évident, et que le juge applique la loi.

Il y a des contentieux qui sont devenus tellement longs et difficiles qu'ils sont totalement contraires à ce qu'avait voulu le législateur. Je prendrai pour exemple un dossier en cours qui concerne une affaire où les soins ont été prodigués en mars 2002, c'est-à-dire à la date de la loi – c'est quand même symbolique – et nous sommes aujourd'hui en 2011. Il s'agit d'un jeune homme de 28 ans, père de famille, qui a été opéré de la colonne vertébrale dans un hôpital public et vous allez voir à la suite de quelles péripéties cette affaire se retrouve devant la Cour de cassation. Il s'est réveillé paraplégique, définitivement. Ce jeune homme n'est toujours pas indemnisé : il est passé par la voie pénale, par la voie amiable, par la voie administrative, et il est maintenant devant la Cour de cassation!

Comment est-ce possible ? Dans un premier temps, il a déposé une plainte avec constitution de partie civile qui s'est terminée par un non lieu. Évidemment, à chaque fois, il y a une expertise. Une première expertise a eu lieu, a conclu à l'absence de faute pénale et donc à un non lieu.

Il est ensuite allé devant une CRCI, qui a procédé à l'expertise habituelle et a conclu à un accident médical pris en charge au titre de la solidarité nationale. L'ONIAM a refusé de prendre en charge, estimant que le dommage n'était pas anormal au

regard de l'état de santé de cette personne. Cette jurisprudence est conforme à ce que l'on a vu toute à l'heure. Le patient n'a pas exercé de recours contre cette décision.

Son avocat a alors saisi le tribunal administratif d'une demande d'expertise et une nouvelle expertise a été prescrite, en 2005. L'avocat a interrogé à ce moment-là le directeur de l'hôpital sur ses intentions, lequel a répondu que l'établissement n'était pas responsable puisqu'il n'y avait pas de faute. A cela s'ajoute que son avocat, qui pensait avoir saisi le tribunal administratif puisqu'il avait fait une demande d'expertise, laisse passer le délai de recours de deux mois à l'issue duquel il devait saisir le tribunal administratif, de sorte que le tribunal administratif a déclaré l'action irrecevable.

Que reste-t-il à ce Monsieur ? C'est une action en responsabilité professionnelle contre l'avocat et là on passe au civil. Le TGI rejette toutes ses demandes. La cour d'appel condamne en revanche son avocat et son assureur pour manquement à l'obligation d'information. Elle constate que le patient n'a pas été informé. Or, ce qu'ont dit les experts (parce qu'à chaque fois de nouveaux experts sont nommés), c'est qu'il existait une alternative à cette opération qui était beaucoup moins risquée que le choix qui a été fait par le chirurgien et donc perte d'une chance d'éviter le dommage.

On est dans un cas extrêmement difficile : il y a une première perte de chance qui est la perte de chance d'éviter le dommage, puis ensuite l'avocat qui a fait perdre une chance à son client d'obtenir réparation de cette perte de chance. C'est ce dossier qui est actuellement devant la Cour de cassation. Et nous sommes fin 2011.

Parfois on a pu dire que le juge avait des sentiments. Face à un tel dossier, face cette situation humaine véritablement catastrophique, je me demande si la situation de ce patient aurait été différente sous un régime antérieur à la loi du 4 mars 2002. Aurait-elle été meilleure ? A vrai dire, je n'en sais rien. Aurait-il eu des difficultés à établir la faute de l'établissement ? Aurait-il été dans les « clous » de l'arrêt *Bianchi* ? Je ne le sais pas non plus. Est-ce que le tribunal administratif aurait retenu la perte de chance ? Toujours est-il que dans son cas, c'est le parcours du combattant qu'il l'attendait, et cela est d'autant plus douloureux (et je l'ai constaté dans plusieurs dossiers) qu'à un moment, le patient a eu affaire à une CRCI qui lui a donné des espoirs, puisqu'à l'issue de l'expertise médicale, la CRCI avait conclu à une prise en charge par la solidarité nationale.

Ce sont donc des gens qui se retrouvent dans une situation difficile, dans laquelle ils se seraient aussi retrouvés avant la loi du 4 mars 2002. Mais à un certain moment, ils ont eu des espoirs, qui se sont révélés de faux espoirs. C'est quelque chose qui me préoccupe beaucoup.

Je vais donc demander à Jean-Philippe Thiellay et à Dominique Martin, s'ils ont encore des observations à faire en guise de conclusion et ce qu'ils pensent finalement de cette nouvelle procédure. Puis nous passerons la parole aux personnes présentes dans la salle.

Je voudrais ajouter un point qui n'est pas vraiment une réponse au cas tragique que vous exposez. Je pense que souvent, il y a malheureusement des personnes mal conseillées qui prennent de mauvaises voies procédurales.

Dans cette articulation entre la faute et le dialogue entre le patient, l'établissement et le professionnel de santé, en passant par la CRCI et l'indemnisation solidaire, il y a le même jour que l'arrêt *Hautreux*, l'arrêt *Joncour*²⁷ que l'ONIAM connaît bien, par lequel le Conseil d'État a donné sa réponse à une situation bien particulière.

Quelle doit être l'attitude du juge et la pensée stratégique des parties lorsque la faute n'est pas absolument évidente, lorsque les conditions du II de l'article L. 1142-1 sont peut-être remplies, que tout cela au fond n'est pas très clair et que le dossier va être difficile, un peu comme vous le décriviez ? Le mode d'emploi devra encore être précisé. Il est important de le faire, dans l'intérêt de tout le monde et aussi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Le Conseil d'État a jugé que l'ONIAM devait être appelé dans la cause pour que la question de l'indemnisation solidaire soit posée. Cela ne veut pas dire, et je rebondis sur ce que Dominique Martin a dit toute à l'heure, que l'ONIAM est un « tiroir-caisse », pour parler de manière triviale. L'ONIAM est un partenaire essentiel dans la mise en œuvre de ce dispositif et comme une autre partie, il doit être appelé dans la cause pour vérifier si l'application de la loi commande une indemnisation ou pas.

On a donc jugé dans cet arrêt *Joncour*, que s'il n'y avait pas de faute ou si la faute, en passant par le raisonnement par la perte de chance (et là on se raccroche à l'arrêt *Hautreux* du même jour), ne peut permettre qu'une indemnisation partielle, le juge doit se poser la question de savoir si l'indemnisation solidaire est possible ou pas et vérifier si les conditions du II de l'article L. 1142-1 sont remplies ou pas.

Naturellement, et c'est le deuxième point, il doit vérifier si la victime a pris le soin de présenter des conclusions à la fois contre l'établissement et contre l'ONIAM et si, à titre subsidiaire, en l'absence de faute, une indemnisation solidaire est recherchée. Le juge devra alors statuer parce que lorsque les conclusions principales ne sont pas accueillies, il faut répondre aux conclusions subsidiaires.

S'il n'y a pas eu de conclusions présentées par les parties, on peut admettre, ce point est encore en débat mais c'est mon sentiment, que le juge n'a pas une obligation de surmotiver à chaque fois, c'est-à-dire de prendre l'article 1142-1 comme un tout, en statuant d'abord sur le I et ensuite sur le II. Il serait assez déraisonnable d'imposer au juge de toujours motiver ce point là, un peu comme sur la responsabilité sans faute qui est d'ordre public. Lorsque le juge ne statue pas sur la responsabilité sans faute, parce qu'on ne le lui demandait pas, le juge d'appel ou de cassation estime qu'il s'agit d'un rejet par prétériton.

27 CE, 30 mars 2011, *Madame J.*, n°320581, Rec. p. 145.

On peut peut-être bâtir un système de ce genre mais la logique de l'arrêt *Joncour* est bel et bien favorable aux victimes, en tout cas, en termes procédural et à une bonne administration de la justice. Tout du moins elle est destinée à éviter qu'une première action sur le terrain de la faute échoue et que l'on dise aux victimes : « et bien engagez une seconde procédure sur le fondement du II ». Ce ne serait pas très raisonnable. Le juge qui, au moment des expertises, se penche sur le sujet, a la vision la plus globale du sujet et il lui appartient de le régler le plus complètement possible.

Il ne fallait donc pas s'interdire cette familiarité, cette proximité avec l'héritage de la responsabilité sans faute. L'ONIAM n'intervient pas comme un responsable, l'ONIAM n'est pas responsable, l'ONIAM est un établissement public qui indemnise lorsque la loi le prévoit. Il y a toute une proximité intellectuelle, de la subsidiarité ou de la complémentarité de l'intervention de l'ONIAM, et il est logique d'en tirer en termes procéduraux des conséquences que je trouve très favorables aux victimes.

C'est ce que je voulais ajouter d'un strict point de vue procédural. Mais il n'y a aucun doute qu'il y a de grandes pistes d'amélioration, à la fois en termes procéduraux mais aussi sur le fond.

Frédérique Dreifuss-Netter

Conseillère à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Présidente de la table ronde

Je vais demander à M. Huet de conclure.

Guénhaël Huet

Député de la Manche

Je voulais simplement indiquer à nouveau, au moment de conclure, le véritable socle de notre discussion : essayer de définir le meilleur partage possible entre responsabilité personnelle et solidarité nationale.

J'ai bien entendu les explications de M. Thiellay tout à l'heure, sur la concomitance et le fait qu'il puisse y avoir à la fois mise en œuvre de la solidarité nationale et mise en œuvre de la responsabilité médicale. J'avais le sentiment en l'écoutant que finalement, cette problématique juridique n'était pas nouvelle parce que dans la jurisprudence administrative, depuis longtemps, on parle de cumul de responsabilités. Finalement, c'est une sorte de succédané du vieux principe de cumul de responsabilités que l'on rencontre dans la jurisprudence administrative et peut-être d'ailleurs, mais j'en suis moins sûr, dans la jurisprudence judiciaire. Voilà, je crois vraiment que pour tout le monde, c'est-à-dire toutes celles et tous ceux qui sont ici, que l'on soit médecin, juriste, magistrat ou comme moi parlementaire, il faut trouver cette ligne de partage. Le faire avec modestie, avec empirisme, s'impose parce que je ne vois pas bien comment on pourrait le faire autrement. En quelques mots, je voudrais vous indiquer le rapport de la mission d'information commune qui avait été rendu mais, je le précise encore une fois, qui avait un objet précis qui était les infections nosocomiales, dont le champ était donc évidemment

plus restreint que ce qui a été débattu ce matin. On avait indiqué chiffres à l'appui, le succès de la procédure devant les commissions régionales. Dès la première année, à peu près 3000 dossiers avaient été présentés devant les CRCI. Il y avait eu une petite baisse les deux années suivantes, et puis on était remonté en 2008 à plus de 3500 dossiers. Ce que l'on avait remarqué aussi, c'est que les CRCI avaient quasiment échoué, et il faut dire les choses comme elles sont, dans leur mission de médiation. L'échec sur la médiation est tout à fait patent. Par contre, en matière de conciliation, les choses ont été couronnées de succès. Et encore une fois, je le reprecise, c'était sur le chapitre précis des infections nosocomiales, mais peut-être la proposition pourrait être étendue, elle est un peu audacieuse : la proposition était de supprimer tout seuil d'accès à la saisine des CRCI. Cela bouleverserait les choses sur le plan procédural dans un premier temps et sur le fond du droit dans un second temps. Il y a des seuils que chacun connaît, des seuils d'IPP pour saisir les CRCI. L'une des propositions de la mission parlementaire était d'abolir les seuils. J'avais présenté le rapport à la ministre de la santé de l'époque, Roselyne Bachelot, qui n'y était pas favorable. Elle avait indiqué que le système était encore relativement récent et qu'il convenait (je schématise beaucoup ce qu'avais dit Mme Bachelot, mais tout de même), de tirer encore un certain nombre de conséquences, de regarder les expériences qui pouvaient se faire jour. Elle n'était pas favorable à un texte, qu'il soit d'origine parlementaire ou d'origine gouvernementale, qui vienne modifier les seuils d'accès à la CRCI. Une autre proposition avait été faite, tirant les enseignements de la jurisprudence, parce que, je l'ai dit tout à l'heure et je vous le redis, beaucoup pensent que, vraiment, les problèmes de responsabilité sont d'abord des problèmes jurisprudentiels. Comme, on l'a dit toute à l'heure et Dominique Martin vient de le rappeler, il n'y a pas définition de l'aléa thérapeutique et je ne vois pas bien qu'elle définition on pourrait en donner. Il n'y a pas non plus de définition de l'infection nosocomiale et là encore, je ne vois pas non plus qui pourrait donner ou de quelle manière on pourrait donner une définition de l'infection nosocomiale. On peut avoir une approche de l'infection nosocomiale, on peut avoir une approche de l'aléa thérapeutique. Mais donner une définition au sens strict du terme paraît vraiment un défi démesuré. Du coup, dans un souci de prudence conjugué à un souci d'efficacité, notre proposition était, non pas de définir la notion d'infection nosocomiale, mais d'exclure du champ d'intervention les infections qui pourraient être caractérisées d'irrésistibles. C'est le vieux principe d'irrésistibilité que l'on trouve dans la jurisprudence civile depuis très longtemps. La mission avait eu cette réflexion et cette proposition, de mieux prendre en compte la notion d'irrésistibilité pour mieux cerner cette notion d'infection nosocomiale (cela pourrait d'ailleurs peut-être par transposition, être un élément de réflexion sur l'aléa médical ou thérapeutique), Pour l'instant, on se fonde simplement sur la notion de cause étrangère. La cause étrangère, c'est déjà un événement qui vient rompre la chaîne de la responsabilité, mais il nous a semblé aussi que l'irrésistibilité pourrait être une notion intéressante à travailler.

Enfin, dernier point, peut-être un tout petit peu provocateur : il y a en matière d'infection nosocomiale une différence dans la loi entre la responsabilité des établissements de santé qui est de plein droit et la responsabilité des professionnels de santé, des médecins, qui est elle, fondée sur la faute. L'idée avait été évoquée



d'étendre la responsabilité de plein droit aux professionnels médicaux, ce qui bien entendu, est pour le coup, quelque chose de très audacieux. La mission avait cependant assorti cette proposition d'une étude d'impact et d'une concertation avec des syndicats de médecins libéraux parce que ses conséquences pouvaient être lourdes. Je ne vais pas redire tout ce qui s'est dit parce que cela revient à redire ce qui a été dit ce matin, mais entre la responsabilité au sein d'un cabinet médical avec un appareillage, des instruments, bref avec une technique qui n'a rien à voir avec celle des établissements hospitaliers, les approches ne peuvent pas être exactement les mêmes. Le patient est en droit d'attendre un traitement précis dans un établissement hospitalier doté de matériels sophistiqués. En médecine de ville, c'est bien entendu tout à fait différent. L'approche de l'aléa thérapeutique ou de l'infection nosocomiale en cabinet de ville et en établissement hospitalier, ne sont donc, évidemment, pas les mêmes. Nous avons quand même, je le dis, et il y a des médecins dans la salle qui peuvent alimenter des discussions entre nous, lancé, suggéré, effleuré, l'idée qu'il pourrait aussi y avoir une unification de la responsabilité entre les établissements de santé et les professionnels de santé.

Nous en sommes restés là parce que, encore une fois, la ministre de la santé de l'époque, c'est-à-dire en 2009, ne souhaitait pas que l'on revienne sur un certain nombre de sujets. C'était, après tout, une façon de voir les choses. Enfin, et je m'arrêtera définitivement, le ministre Xavier Bertrand a indiqué toute à l'heure qu'il travaillait sur un texte. Je ne suis pas de ceux, on verra bien entendu avec le ministre ce qu'il a l'intention de faire, qui étaient partisans d'une boulimie législative trop importante. Il faut que chacun reste dans son registre et j'ai bien entendu M. Thiellay dire toute à l'heure que les deux cours suprêmes que vous représentez n'ont pas encore tiré toutes les conclusions de la loi du 4 mars 2002. Je ne suis pas opposé par principe à quelque solution que se soit et je ne voudrais pas évidemment contredire un ministre que, par ailleurs, j'aime bien. Mais il faudra y regarder de façon tout à fait précise. Si le législateur devait à nouveau intervenir, il faudrait que ce soit sur un champ tout à fait précis, laissant à la jurisprudence le soin de traiter les cas manifestement très concrets dont avons eu de très nombreuses illustrations ce matin.



Échanges avec les participants

Question à l'attention de Guenhaël Huet - Président de chambre à la cour administrative d'appel de Paris, j'ai pendant une dizaine d'années, exercé comme juge de première instance sur la responsabilité hospitalière. Alors bien sûr, Monsieur le député, c'est au juge qu'il appartient d'interpréter la loi, mais lorsque les travaux parlementaires ne sont pas assez éclairants, le juge a tendance à être à l'affût de signes. Ces signes, il les trouve souvent dans la rédaction du texte.

Je ne peux pas m'empêcher de faire le parallèle que vous avez fait tout à l'heure entre les infections nosocomiales et l'accident médical non fautif. Pour les infections nosocomiales, vous avez noté qu'il existait un arrêt célèbre de la Cour de cassation, l'arrêt sur les staphylocoques dorés de juin 1999²⁸, dont vous avez intégralement repris la formulation dans la loi, s'agissant des seuls établissements de santé puisque vous avez écrit : « les établissements sont responsables des infections nosocomiales sauf s'ils établissent la preuve d'une cause étrangère ».

Je voudrais souligner, à cet égard, que vous n'avez pas défini la notion d'infection nosocomiale mais un régime tout à fait reconnaissable, celui de l'obligation de sécurité de résultat, obligation qui, en droit administratif, suit selon moi non pas un régime de présomption de faute mais un régime de présomption de responsabilité. C'est alors un régime très comparable à celui de l'indemnisation de la contamination transfusionnelle par le virus de l'hépatite C, c'est-à-dire une responsabilité sans faute avec une présomption d'imputabilité et non pas de causalité.

Il existait donc une jurisprudence de la Cour de cassation pour les infections nosocomiales et vous l'avez reprise dans la loi. En ce qui concerne précisément l'aléa thérapeutique, il existait du côté de la jurisprudence administrative un arrêt célèbre, équivalent à celui des staphylocoques dorés ; c'était l'arrêt Bianchi dont il a beaucoup été question. Or, vous n'avez pas repris les différentes conditions de l'arrêt Bianchi. Elles sont, certes, très restrictives, mais vous auriez pu n'en reprendre que certaines pour nous signaler que vous souhaitiez une ouverture. Vous avez notamment préféré la formule « conséquences anormales au regard de l'état initial et de l'évolution prévisible » de celui-ci, à celle de « sans rapport avec l'état initial ».

L'arrêt Bianchi disait que le dommage devait être sans rapport avec l'état initial et son évolution prévisible. Or la loi dit que ce dommage doit constituer une conséquence anormale au regard de l'état initial. Il y a donc une ouverture et peut-on savoir, puisque les travaux parlementaires ne nous le permettent pas, pourquoi vous avez choisi d'emblée de ne pas reprendre la formulation de l'arrêt Bianchi ?

Guenhaël Huet •

N'étant pas parlementaire à l'époque, il m'est difficile de répondre. Ceci étant, pour avoir analysé le texte dans le cadre de la mission à laquelle j'ai fait référence, il me semble que l'arrêt *Bianchi* induisait un cas de responsabilité sans faute. Alors que l'arrêt de la Cour de cassation que vous avez cité, celui de juin 1999, n'allait 28 V. les trois arrêts dits «des staphylocoques dorés» rendus le 29 juin 1999 par la 1^{ère} chambre civile, Bull. n° 220 et 222 et rapport annuel p. 396.

pas jusqu'à la responsabilité sans faute mais, et vous en avez utilisé l'expression, substituait à la présomption une obligation de sécurité de résultat.

C'est ce fondement juridique là qui est différent de la responsabilité sans faute, qui a été retenu par le législateur en 2002. Je ne suis pas un spécialiste de la jurisprudence judiciaire en matière de responsabilité, mais la responsabilité sans faute en matière judiciaire n'est pas quelque chose qui est très fréquent. C'est un concept que l'on retrouve davantage, enfin il me semble en tout cas, je dis cela avec prudence, devant le juge administratif.

Et c'est effectivement plutôt la jurisprudence judiciaire qui a fondé la loi de 2002, plutôt que la jurisprudence administrative. Les choses ne sont évidemment pas si simples, puisque j'ai dit toute à l'heure que finalement, le premier arrêt important qui a fait évoluer le droit de la responsabilité médicale, et dont on parle relativement peu c'est, à mes yeux en tout cas et à ceux de certains députés, l'arrêt *Cohen* de 1988²⁹. En jurisprudence administrative, on parle en effet beaucoup de l'arrêt *Bianchi*, mais assez peu de l'arrêt *Cohen*.

Ce n'est pas très vieux et la jurisprudence judiciaire a ensuite précisé les choses. Je crois qu'en fait on s'est inspiré des deux, mais il est vrai que lorsque l'on lit l'article 1142, on est davantage sans doute dans la ligne de la jurisprudence judiciaire que dans la ligne de la jurisprudence administrative.

Et puis pour finir, je vais vous faire un aveu. J'ai parlé toute à l'heure de « boulimie législative », alors que quand on veut être politiquement ou juridiquement correct, on parle d'inflation législative. En effet, la succession des textes qui sont présentés au Parlement, ne permet pas ou ne permet plus, un travail juridique suffisamment attentif, suffisamment précis. Sur des dossiers comme la responsabilité médicale, on ne peut pas courir le risque de lois mal ficelées, votées à la hâte, selon des procédures qui sont parfois trop rapides, parce qu'une loi mal ficelée, c'est finalement une loi qui aura des difficultés à s'appliquer.

Si l'on doit vraiment légiférer à nouveau sur la responsabilité médicale, je souhaite qu'on le fasse vraiment avec prudence et une modestie, en prenant un temps qui me semble vraiment tout à fait nécessaire.

Observation générale - *Je voudrais faire une très brève observation qui se rapporte plutôt au début des débats, à propos des conséquences de la loi du 4 mars 2002 sur l'approche de la faute. Je partage absolument ce qui a été dit, à savoir que, aussi bien pour le juge judiciaire que pour le juge administratif, cette loi n'a pas changé l'approche. Si la loi du 4 mars 2002 a évidemment apporté des éléments nouveaux et des éléments très positifs, à commencer par la réparation des accidents médicaux, j'y ai toujours vu plutôt une loi de consolidation des acquis jurisprudentiels, en ce sens que la jurisprudence des deux ordres et notamment judiciaire, a toujours reposé à 95 %, je quantifie évidemment de façon tout à fait arbitraire, sur la faute. C'était la faute de l'arrêt Thouret-Noroy c/Guigne de 1835, lorsque la faute était délictuelle, c'était la faute de l'arrêt Mercier de 1936, quand elle fut contractuelle, et c'est toujours la faute depuis qu'elle est redevenue délictuelle sur le fondement de la loi nouvelle.*

²⁹ CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, n° 65087, Rec. p. 431.



Par contre, un point qui n'a pas été tellement vu, car il n'était pas dans l'objet des débats, concerne les premiers mots de l'article L. 1142-1 : « Or le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels ne sont responsables qu'en cas de faute ». Donc ce seul cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, couvre et scelle de façon définitive (on ne pourrait pas ajouter de nouveaux cas), les situations dans lesquelles la jurisprudence avait admis une responsabilité sans faute.

Dans la jurisprudence judiciaire, c'était essentiellement sous l'appellation d'obligation de sécurité de résultat puisque c'est une responsabilité sans faute, et sous une formule différente, notamment dans l'arrêt Cohen, devant le Conseil d'État. Mais à ma connaissance, je crois que le premier arrêt qui a retenu une responsabilité sans faute en matière médicale, en raison de l'usage d'un produit de santé, c'est un arrêt de 1966 de la Cour de cassation, à propos d'un bistouri électrique qui avait causé des dommages assez graves. Ensuite, on a eu l'arrêt Bismuth sur les prothèses³⁰. Puis je crois que le Conseil d'État a adopté cette jurisprudence en 2003³¹.

Nous étions donc sur ce terrain, et il me semblait aussi que a priori, on devait analyser ce petit membre de phrase comme une consolidation des acquis jurisprudentiels antérieurs des deux ordres : une grande part de responsabilité sans faute, une petite part de responsabilité du fait de l'usage d'un produit de santé. Je ne reparle pas de la question du nosocomial. Mais là justement, il y a quand même un gros problème, que le Conseil d'État a bien vu d'ailleurs en saisissant par une question préjudicielle la Cour européenne, c'est qu'on est en interférence absolue avec les conséquences de l'introduction en droit français de la grande directive du 25 juillet 1985³², tardivement introduite en droit français avec une dizaine d'années de retard.

L'interprétation par Luxembourg de la portée de cette loi sur les produits défectueux, aura un impact très fort sur le maintien ou non de cette responsabilité de plein droit du fait des produits défectueux puisque maintenant ce sont les critères de la responsabilité qui à certains égards sont larges mais à d'autres plus restrictifs que la jurisprudence antérieure, qui vont s'appliquer. Donc là, il y a quand même une zone de doute qui est relativement importante, me semble-t-il.

Frédérique Dreifuss-Netter •

Ce problème n'a pas été passé sous silence mais, après en avoir discuté avec mon collègue Jean-Louis Gallet, nous avons estimé que ce sujet relevait davantage de la table ronde numéro sept, pendant laquelle il sera évoqué plus longuement.

30 Cass., 1^{ère} Civ., 29 octobre 1985, n° 83-1791, Bull. n°273.

31 CE, 9 juillet 2003, AP-HP c/ Mme Marzouk, n°220437, Rec. p. 338.

32 Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux

Observation générale - Je suis globalement en adhésion avec les conclusions de la table ronde. Pour rebondir sur ce que vient de dire le président Sargos, je crois effectivement que sur la qualification de la faute, l'introduction de la loi du 4 mars 2002 n'a pas changé nos appréciations. Nous sommes toujours autant en difficulté pour tracer la frontière entre la maladresse, l'erreur, la faute, et je crois effectivement, comme l'a rappelé Mme Dreifuss-Netter, que le rôle des experts est tout à fait central dans l'assistance qu'ils nous portent à cette opération de qualification.

Sur la définition de l'aléa, le Conseil d'État en a fait l'expérience si je puis dire, puisque l'arrêt Bianchi avait créé la notion d'aléa thérapeutique et les conditions d'applications de la notion d'aléa. Même si au fond la conditions de « conséquences anormales au regard de l'état de santé antérieur du patient et de l'évolution prévisible de celui-ci », reste une condition d'application délicate, elle l'était déjà dans la jurisprudence Bianchi. Nous l'avons d'ailleurs progressivement écartée des conditions strictes d'application de la jurisprudence sur ce point là, qui était celle « d'un dommage sans rapport avec l'état initial », c'est-à-dire, véritablement, la personne qui sortait de l'hôpital en ayant perdu un membre, alors qu'elle y était rentrée pour une opération qui était censée simplement réparer une fracture. Mais il est vrai qu'avec le temps cette condition a évolué dans la jurisprudence du Conseil d'État elle-même et s'est davantage rapprochée de ce qu'est aujourd'hui la condition exprimée dans l'article législatif.

Je crois que la vraie difficulté que nous aurons, et c'était le dernier point de la table ronde abordé, sera la combinaison de la faute et de l'aléa dans les dommages causés à une victime. De ce point de vue, on voit bien qu'il reste un certain nombre de questions à régler. Certes, nous avons admis que l'objectif devait être l'indemnisation intégrale de la victime, que cette indemnisation pouvait être partagée entre un responsable et la prise en charge par la solidarité nationale, qu'il s'agisse d'une combinaison « perte de chance suivie d'un aléa » ou bien « aléa mal traité ou bien aggravé par une faute médicale ».

Mais nous avons devant nous, en tout cas les juges du fond, des questions complexes à résoudre, qui sont d'abord l'appréciation de ce partage, car pour le moment nous n'avons pas eu à en connaître. Comment allons nous pouvoir démêler la part de la faute et la part de l'aléa quand nous partagerons effectivement les responsabilités ?

Ensuite, les régimes de réparation ne sont pas les mêmes pour la faute et pour l'aléa alors qu'il s'agit d'une même victime, puisque pour la faute le recours des tiers payeurs sera possible, alors que pour l'aléa thérapeutique il n'est pas possible puisque l'ONIAM n'est pas un responsable. Par ailleurs, pour la faute, il est possible d'indemniser la victime mais également ses proches, quand pour l'aléa il n'est possible d'indemniser que la victime en cas de survie de cette dernière. Nous avons donc devant nous, maintenant, dans la mise en œuvre de la combinaison de l'aléa et de la faute des questions vraiment difficiles. Je voudrais, dans le sens de l'intervention de Monsieur le député, dire également que les premiers arrêts que nous avons rendus sur ces questions ont moins d'un an, dix ans après la loi, du moins pour ce qui est des cours suprêmes. Effectivement, nous avons affaire à

des questions éminemment délicates et complexes et il faut une certaine stabilité de la loi, de manière à ce que la jurisprudence puisse peu à peu en approfondir la compréhension et l'interprétation, en tout cas dans les grands équilibres qu'elle a créés et les grandes définitions qu'elle a données des causes de responsabilité ou d'indemnisation par la solidarité nationale. Une stabilité des textes sur ces grands équilibres, est je crois, tout à fait souhaitable.



Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire

L'activité médicale est parfois à l'origine de dommages pour le patient, qui peuvent être liés à la complexité des soins, à la gravité de son état de santé, à l'échec de l'intervention ou encore à la survenue de complications.

Mais dans certains cas, les dommages sont susceptibles d'engager la responsabilité de professionnels de santé ou d'établissements, services ou organismes de santé. Celle-ci suppose en principe qu'une faute ait été commise ; les professionnels de santé et les différentes structures de santé ne pouvant être tenus d'une obligation de guérir les patients pris en charge.

Une indemnisation au titre de la solidarité nationale peut être aussi envisagée, en l'absence de responsabilité de ces derniers et sous certaines conditions, notamment en cas de survenue d'un accident médical.

I. Une responsabilité essentiellement fondée sur la faute

Cette responsabilité a été retenue par la jurisprudence avant d'être consacrée par le législateur. Différentes fautes peuvent être invoquées dont la preuve incombe au patient ou à ses ayants droit.

A. Une responsabilité d'origine jurisprudentielle

Après avoir retenu en 1835 pour la première fois que le médecin était responsable sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil des fautes commises dans les soins qu'il donne à son patient (Cass. Req., 18 juin 1835, *Thouret-Noroy c/Guigne*), la Cour de cassation a affirmé en 1936 que la relation médecin/patient était contractuelle, que le médecin s'engageait à donner à son patient des soins consciencieux, attentifs, réserves faites de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science et que sa responsabilité était fondée sur l'article 1147 du code civil (Cass., 20 mai 1936, *Mercier*, D.P. 1936, p. 1988). Elle a estimé aussi que les cliniques et leurs patients étaient liés par un contrat, que celles-ci devaient leur donner avec prudence et diligence des soins attentifs et consciencieux à l'exclusion de toute obligation de sécurité et qu'elles n'engageaient leur responsabilité qu'en cas de faute (Cass., 6 mars 1945, *Clinique Sainte Croix*, D. 1945, p. 217).

Elle a ensuite notamment jugé que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entraîne pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient (Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 98-13660, 8 novembre 2000, Bull. n° 287).

Le Conseil d'État a admis également que la responsabilité du service public hospitalier était engagée en cas de faute, tout en distinguant jusqu'en 1992, entre d'une part, les actes de soins et les défauts dans l'organisation et le fonctionnement du service dont l'établissement devait répondre en cas de faute simple (CE, 26 juin 1959, *Rouzet*, Rec. p. 405), et les actes médicaux soumis en raison de leur technicité à l'exigence d'une faute lourde (CE, 8 novembre 1935, *Veuve Loiseau et Dame Philipponeau*, Rec. p. 1019).

Il a ensuite affirmé que des erreurs successives commises à l'occasion d'un accouchement étaient constitutives d'une faute médicale, de nature à engager la responsabilité de l'hôpital, et ainsi retenu sa responsabilité au titre de fautes simples. (CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, n° 79027, Rec. p. 171)

Il a cependant réservé le cas d'une responsabilité sans faute du service public, lorsque l'exécution d'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présentant un risque dont l'existence était connue mais dont la réalisation était exceptionnelle et dont aucune raison ne permettait de penser que le patient y fût particulièrement exposé, a été la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état et a présenté un caractère d'extrême gravité (CE, Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336, Rec. p. 127).

B. Une consécration légale

Après avoir énoncé différents droits de la personne malade en matière de soins, l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, a prévu que les professionnels de santé ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne seraient responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ; cette disposition étant applicable aux actes accomplis à compter du 5 septembre 2001.

Seules les responsabilités au titre du défaut d'un produit de santé ou en matière d'infections nosocomiales contractées dans les établissements de santé font exception à cette règle et sont spécifiquement envisagées au sein de la TR7.

Il s'ensuit qu'en cas d'accident médical et d'application de la loi du 4 mars 2002, aucune réparation ne peut être mise à la charge de l'établissement, de l'organisme ou du service de santé ou du professionnel de santé. Le service public hospitalier n'est donc plus susceptible, même à titre exceptionnel, d'être regardé comme responsable de dommages en l'absence de faute. La jurisprudence *Bianchi* connaît ainsi ses dernières applications au titre d'actes médicaux réalisés avant le 5 septembre 2001 (Ex : CE, 19 mars 2010, *Consorts Ancey*, n° 313457, inédit au Rec.).

Enfin dès lors que le cadre dans lequel les soins ont été réalisés ne conditionne plus le régime de responsabilité applicable, les distinctions liées à la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité civile peuvent être désormais considérées comme secondaires.

C. Différentes fautes

Les fautes invoquées sont très diverses.

Aucune condition de gravité n'est exigée depuis l'abandon par le Conseil d'État de l'exigence d'une faute lourde ; la loi du 4 mars 2002 ayant cependant prévu, en matière de handicap non décelé avant la naissance, la preuve d'une faute caractérisée (V. TR 4).



Les fautes peuvent être médicales ou imputables aux soins, à l'organisation ou au fonctionnement de l'établissement, de l'organisme ou du service de santé ; les dommages pouvant aussi être liés à une pluralité de fautes.

Elles caractérisent dans certains cas une méconnaissance du droit du patient consacré par l'article L. 1110-5 du code de la santé publique de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Cette disposition précise aussi que les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. La Cour de cassation se référait préalablement et, depuis l'arrêt *Mercier*, aux données acquises de la science pour définir les devoirs des médecins.

La Cour de cassation a précisé que des considérations liées aux possibilités financières d'un patient n'autorisaient pas un professionnel de santé, en l'espèce un chirurgien-dentiste, à dispenser des soins non conformes aux données acquises de la science (Cass., 1^{ère} civ, 19 décembre 2000, pourvoi n° 99-12403, Bull. n° 331).

Les fautes commises justifient la réparation des dommages subis par la victime et le remboursement aux tiers payeurs des débours exposés (V. TR 4) dès lors qu'un lien de causalité est établi (V. TR 2).

1. Les fautes médicales

Elles peuvent être liées à la méconnaissance d'obligations d'humanisme telles que le devoir d'information (V. TR 5) et plus spécifiquement d'obligations déontologiques (Cass., 1^{ère} civ., 13 mars 1997, pourvoi n° 95-12576, Bull. n°99).

Elles résultent encore de maladresses, de négligences, d'imprudences, d'inattentions au cours de la prise en charge du patient...

Elles sont à titre d'exemples, susceptibles d'être commises lors de l'élaboration du diagnostic (Ex : Cass., 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-15963, Bull. n° 273 et CE, 9 juin 2010, *Madranges*, n° 323890, Rec. p. 236), même si l'erreur de diagnostic n'est pas en elle-même fautive ; un professionnel de santé ne pouvant être tenu de faire le bon diagnostic mais devant se donner les moyens nécessaires pour tenter d'y parvenir.

Elles peuvent encore résulter du choix du traitement (Ex : CE, 26 mai 2010, *M. et Mme Pradeau*, n° 306354, inédit au Rec. et Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.471, Bull. n° 201), de la réalisation du geste chirurgical (Ex : Cass., 1^{ère} civ., 18 septembre 2008, pourvoi n° 07-12170, Bull. n° 205), du suivi ou de la surveillance d'un patient ou encore d'un défaut d'asepsie (V. TR 7).

Elles sont parfois liées à l'exercice de l'activité médicale en équipe. La Cour de cassation a ainsi notamment jugé que les professionnels de santé étaient tenus d'une obligation d'information entre eux et d'une obligation de prudence et de diligence, quant au domaine de compétences des membres de l'équipe, pouvant lorsqu'elles ont été méconnues engager leur responsabilité (Cass., 1^{ère} civ., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-17274, Bull. n° 298, Plén., 30 mai 1986, pourvoi n° 85-91432, Bull. n° 8, et 1^{ère} civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-19161, Bull. n° 187).



Les fautes engagent en principe la responsabilité de l'établissement de santé si le professionnel de santé était salarié.

La responsabilité du service public hospitalier ne peut en effet être écartée qu'en cas de faute détachable du service (V. TR 3) et la Cour de cassation a admis à partir de 2004 que l'établissement de santé était aussi responsable des fautes commises par l'ensemble de ses salariés, y compris les médecins, sages-femmes et chirurgiens-dentistes en l'absence de dépassement des limites de la mission impartie (Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 2004, pourvoi n° 01-17908, Bull. n° 262).

Elle a cependant retenu la possibilité pour l'assureur de l'établissement ayant indemnisé la victime, d'exercer un recours subrogatoire contre l'assureur du professionnel de santé fautif (1^{ère} civ., 12 juillet 2007, pourvois n° 06-13790 et 06-12624, Bull. n° 270).

2. Les autres fautes

- Elles sont plus particulièrement imputables aux établissements, services ou organismes de santé.

Elles peuvent être liées à des défaillances dans leur organisation et leur fonctionnement et par exemple à l'absence d'intervention d'un médecin que l'état de santé du patient nécessitait (Ex : CE, 27 juin 2005, *M et Mme Guechchati*, n° 250483, Rec. p 258 et Cass., 1^{ère} civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-15049, Bull. n° 255).

Elles incluent aussi les fautes commises par des membres du personnel lors d'actes de soins (ex : CE, 5 mai 1982, *Hospices civils de Lyon c/ Epoux Hombourger*, n° 20419, inédit au Rec.).

Elles consistent parfois en un défaut de surveillance et de suivi des patients. Des exigences spécifiques de surveillance incombent en outre aux établissements de santé psychiatriques (Ex : Cass. 1^{ère} civ., 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-12135, Bull. n° 221 et CE, 12 octobre 1983, *Mme Rolland et autres*, pourvois n° 37768, 37769 et 37770, inédit au Rec.).

La Cour de cassation a précisé que l'établissement de santé privé avait en amont une obligation d'information relative aux prestations qu'il était en mesure d'assurer et engageait sa responsabilité en ne prévenant pas les patientes de l'absence de présence permanente d'un obstétricien (Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-21390, Bull. n° 276).

- Les fautes commises par des membres du personnel, même salariés d'un établissement de santé, engagent cependant la responsabilité du professionnel de santé libéral et non celle de l'établissement de santé, lorsqu'ils sont placés sous le contrôle de ce professionnel de santé, par exemple lors d'une intervention chirurgicale (Cass., 1^{ère} civ., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-16093, Bull. n° 72).



D. La preuve d'une faute

- La preuve d'une faute incombe au patient et peut être apportée par tous moyens.

Elle est appréciée par les juges du fond au vu des éléments soumis. Elle nécessite en pratique de recourir à une expertise permettant d'apprécier la conformité des soins aux connaissances médicales avérées (V. TR6).

Elle ne peut se déduire de la seule absence de réussite de l'acte médical et de l'apparition d'un préjudice pouvant être en relation avec l'acte médical pratiqué, sans l'être pour autant avec une faute (Cass. 1ère civ., 12 décembre 1995, pourvoi n° 93-19437, Bull. n° 461) de la seule anormalité d'un dommage et de sa gravité (Cass., 1ère civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-17197, Bull. n° 185) ou encore de l'évolution ultérieure de l'état de santé d'un patient.

- Le Conseil d'État a retenu qu'une faute pouvait être présumée dans le cas d'actes courants et en principe bénins ; la survenue d'un dommage marquant en principe l'existence d'une faute. Mais il a estimé que l'intubation d'un patient en vue d'une anesthésie générale ne pouvait être regardée comme un geste courant à caractère bénin dont les conséquences dommageables, lorsqu'elles sont sans rapport avec l'état initial du patient, seraient présumées révéler une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service et en a donc déduit que la responsabilité du service public hospitalier ne pouvait par suite être engagée que sur le terrain de la faute prouvée (CE, 21 octobre 2009, *Mme Altet-Caubissens*, n° 314759, inédit au Rec.).

La Cour de cassation a jugé que le chirurgien était tenu d'une obligation de précision quant à son geste et estimé que lorsque la réalisation d'une intervention médicale n'impliquait pas l'atteinte à la personne du patient qui s'était produite au cours de celle-ci, la faute du praticien ne pouvait être écartée que s'il existait une anomalie rendant l'atteinte inévitable pour réaliser l'intervention (Cass., 1ère civ., 23 mai 2000, pourvois n° 98-20440 et 98-19869, Bull. n° 153).

Elle a cependant ensuite admis que, même en l'absence d'anomalie, une atteinte constituant une complication connue de l'acte subi et dont le risque était inhérent à la technique utilisée alors que toutes les précautions avaient été prises n'était pas fautive (Cass., 1ère civ., 29 novembre 2005, pourvoi n° 03-16308, Bull. n° 456 et 18 septembre 2008, pourvoi n° 07-13080, Bull. n° 206).

Il appartient donc aux juges du fond au vu des pièces du dossier et notamment des rapports d'expertise de déterminer si l'atteinte subie est consécutive à la survenue d'une complication inhérente à la technique utilisée ou si elle révèle un défaut d'attention ou une maladresse du professionnel de santé.

II. Une indemnisation au titre de la solidarité nationale de certains dommages

Une telle indemnisation est prévue sous certaines conditions en cas d'accident médical mais aussi d'infections nosocomiales et d'affections iatrogènes et d'autres dommages spécifiques.

Il y a lieu d'évoquer à titre principal l'accident médical puis succinctement les autres dommages ; les dommages consécutifs aux infections nosocomiales et à des produits de santé étant spécifiquement envisagés au sein de la TR 7.



A. L'accident médical

Il y a lieu d'envisager les conditions d'indemnisation des dommages au titre de la solidarité nationale et l'indemnisation de ces dommages.

Lorsque ces conditions ne sont pas réunies, aucune réparation n'est envisageable.

1. Les conditions d'indemnisation

Si le législateur n'a pas précisément défini la notion d'accident médical, il a posé des conditions précises quant à son indemnisation qui permettent d'appréhender ce qu'il peut recouvrir.

Dès lors que l'accident médical implique que la responsabilité d'un professionnel de santé, d'un établissement, service ou organisme de santé n'est pas engagée, il est exclusif d'une faute.

L'accident doit être en outre directement imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, avoir eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présenter un caractère de gravité fixé par les articles L. 1142-1-II et D. 1142-1 du code de la santé publique.

a. Un accident consécutif à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins.

Il convient donc d'exclure les accidents survenus au sein d'un établissement de santé ou même d'un cabinet médical qui ne sont pas directement en lien avec les soins.

On peut s'interroger sur la réparation des dommages liés à certains actes médicaux tels qu'une circoncision ou encore les actes à visée esthétique. On peut cependant relever que le législateur ne distingue pas suivant la finalité des actes médicaux à l'origine des dommages.

Ces soins doivent avoir été réalisés à compter du 5 septembre 2001.

b. Un accident ayant eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci

La survenue de complications et plus généralement l'apparition d'un dommage ne sont pas nécessairement le signe d'un accident médical.

La notion d'anormalité est complexe et est appréhendée en fonction de chaque personne dès lors qu'il y a lieu de prendre en compte son état de santé et son évolution prévisible. Il convient de déterminer si le dommage survenu est lié à un risque inconnu ou à un risque connu, mais auquel le patient ne paraissait pas particulièrement exposé.

La Cour de cassation a estimé que violait l'article L. 1142-1 I, du code de la santé publique, une cour d'appel qui retenait l'existence d'un aléa thérapeutique sans constater la survenance d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé (Cass., 1^{ère} civ., 20 janvier 2011, pourvoi n° 10-17357, Bull. n° 14).



Elle a retenu au contraire qu'une cour d'appel avait exactement déduit de ses constatations selon lesquelles un patient, compte tenu de ses antécédents vasculaires, était particulièrement exposé à la complication hémorragique survenue, dont les conséquences si préjudiciables fussent-elles, n'étaient pas anormales au regard de son état de santé, comme de l'évolution prévisible de celui-ci et que l'indemnisation du dommage ne relevait donc pas de la solidarité nationale (Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2011, pourvoi n° 09-17135, Bull. n° 69).

c. Un accident présentant un caractère de gravité spécifique

Il est nécessaire en application de l'article L. 1142-1 II que l'accident médical présente un caractère de gravité fixé, par décret, comme en matière d'infection nosocomiale et d'affection iatrogène, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte d'un taux d'incapacité permanente, au plus égal à 25 %. L'article D. 1142-1 issu du décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 modifié par décret n° 2011-76 du 19 janvier 2011, a fixé ce pourcentage à 24 % et prévu que présentait aussi le caractère de gravité exigé, l'accident ayant entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 %. Il précise aussi qu'à titre exceptionnel, le caractère de gravité peut être reconnu lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident ou lorsque celui-ci a occasionné des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.

2. L'indemnisation des dommages

L'indemnisation des dommages est assumée au titre de la solidarité nationale par l'ONIAM (V. TR 4).

Elle couvre en application de l'article L. 1142-1 II du code de la santé publique, l'ensemble des préjudices éprouvés par la victime directe et en cas de décès celui de ses ayants droit.

L'article L. 1142-1 II prévoyant seulement l'indemnisation au titre de la solidarité nationale de ces seuls préjudices, le Conseil d'État en a donc déduit que l'indemnisation des victimes par ricochet lorsque la victime n'était pas décédée était exclue (CE, 30 mars 2011, *ONIAM, M. et Mme Hautreux*, n° 327669, Rec. p. 148) ; ces préjudices ne faisant en conséquence l'objet d'aucune indemnisation.

Un recours des tiers payeurs est exclu en cas d'indemnisation au titre de la solidarité nationale, mais les sommes versées par ces derniers sont déduites du préjudice subi par la victime (CE, 22 janvier 2010, *Coppola* n° 332716, Rec. p. 3).

La coexistence dans certains cas, d'une faute et d'un accident médical, a conduit la Cour de cassation et le Conseil d'État à déterminer la charge et les modalités de la réparation (CE, 30 mars 2011, *ONIAM c/ M. et Mme Hautreux*, n° 327669A, Rec. p. 148 et Cass., 1^{ère} civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11270, Bull. n° 63) ; les préjudices consécutifs à l'accident médical demeurant, en l'absence de réparation par le responsable de la faute et son assureur, à la charge de l'ONIAM.



B. Les autres dommages

L'ONIAM assure la réparation des dommages consécutifs à des infections nosocomiales et des affections iatrogènes n'engageant pas la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement, organisme ou service de santé, dans les mêmes conditions que les dommages résultant d'un accident médical, et depuis la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, l'indemnisation des dommages consécutifs aux infections nosocomiales les plus graves en application de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique.

L'indemnisation d'autres dommages lui a été aussi progressivement confiée selon des modalités différentes et concerne :

- depuis la loi du 4 mars 2002 modifiée par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, les dommages liés à des vaccinations obligatoires en application de l'article L. 3111-9 du code de la santé publique,

- depuis la loi du 30 décembre 2002, les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins en application de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique,

- depuis la loi du 9 août 2004, les dommages résultant des contaminations par le VIH d'origine transfusionnelle en application de l'article L. 3122-1 du code de la santé publique et des dommages liés à la recherche biomédicale en l'absence de responsabilité du producteur en application de l'article L. 1142-3 du code de la santé publique,

- depuis la loi n° 2007-294 du 5 mars 2007, les dommages liés à des mesures d'urgence en cas de menaces sanitaires graves telles que la vaccination contre la grippe A, en application de l'article L. 1331-1 du code de la santé publique,

- depuis la loi du 5 mars 2007 modifiée par la loi n° 2007-2011-940 du 10 août 2011, les dommages subis par des réservistes sanitaires auquel il est fait appel en cas de menaces sanitaires graves, en application de l'article L. 1334-1 du code de la santé publique,

- depuis la loi n° 2008-330 du 17 décembre 2008, les dommages résultant de contaminations par le VHC d'origine transfusionnelle en application de l'article L. 1221-14 du code de la santé publique,

Les obligations de l'association France-Hypophyse nées de son rôle dans l'organisation du traitement des patients par l'hormone de croissance extractive entre 1973 et 1988, lui ont en outre été transférées par la loi du 30 décembre 2002.

Enfin l'ONIAM a été chargé par la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011, de faciliter et s'il y a lieu, de procéder au règlement amiable des litiges relatifs aux dommages causés par le Benfluorex.



III. Les voies d'indemnisation

Les voies d'indemnisation peuvent être amiables ou contentieuses et relèvent le plus souvent du choix de la victime ; certaines procédures amiables sont cependant préalables à une action contentieuse.

Il y a lieu de distinguer les voies amiables et les voies contentieuses et d'envisager les prescriptions applicables.

A. Les voies amiables

Elles peuvent prendre des modalités différentes ; la victime pouvant en premier lieu décider de transiger directement avec le responsable du dommage et son assureur lorsque la responsabilité n'est pas contestée (V. TR 4).

1. La saisine de la CRCI

Les CRCI ont été expressément chargées par le législateur de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, infections nosocomiales et affections iatrogènes ainsi que les autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements, services, organismes ou producteurs de santé, y compris dans les cas où leur responsabilité est engagée. Elles sont aussi compétentes pour connaître des dommages liés à une recherche biomédicale et de dommages liés à l'intervention en cas de circonstances exceptionnelles d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins.

Leur composition est fixée par l'article L. 1142-6 du code de la santé publique. Elles ont chacune une compétence territoriale ; la commission compétente étant celle du lieu où l'acte litigieux a été réalisé. La procédure de règlement amiable est fixée par les articles L. 1142-4 et suivants et R. 1142-5 et suivants du code de la santé publique.

a. La conciliation

Elles peuvent en premier lieu, quelle que soit la gravité du préjudice subi, être saisies en vue d'une conciliation de litiges ou de difficultés nés à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins et siègent alors en formation de conciliation. Elles ont ainsi repris les fonctions des commissions de conciliation installées dans les établissements de santé. La procédure suivie est précisée par le décret n° 2002-886 du 3 mai 2002 et la conciliation peut être déléguée à un de ses membres ou à un médiateur indépendant.

b. Le règlement amiable

Les CRCI peuvent être saisies par la victime, son représentant légal ou ses ayants droit, en vue d'un règlement amiable du litige lorsque les dommages sont imputables à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée à compter du 5 septembre 2001 et présentent le caractère de gravité requis par les articles L. 1142-1 II et D. 1142-1 du code de la santé publique, sauf pour les dommages liés à la recherche biomédicale et à l'intervention en cas de circonstances exceptionnelles d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité qui ne sont pas soumis à des critères de gravité.



La demande de la victime doit être accompagnée d'un certificat médical attestant la consistance précise des dommages auquel peuvent être jointes d'autres pièces justificatives. La commission peut soumettre ces pièces à un expert afin de déterminer si elle est ou non compétente.

- Lorsqu'elle estime que le seuil de gravité requis n'est pas atteint, la CRCI peut, selon l'article R. 1142-15 du code de la santé publique se déclarer incompétente, sans diligenter d'expertise et en informe alors les parties.

Le Conseil d'État a retenu que la déclaration par laquelle une CRCI s'estimait incompétente pour connaître de la demande qui lui avait été adressée ou estimait celle-ci irrecevable, quand bien même elle faisait obstacle à l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, ne faisait pas grief et n'était pas susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir, dès lors que la victime conservait la faculté de saisir si elle s'y croyait fondée, le juge compétent d'une action en indemnisation et de faire valoir devant celui-ci tous éléments de nature à établir selon elle, la consistance, l'étendue, les causes et les modalités de son préjudice, quelles qu'aient été les appréciations portées sur ces questions par la commission lorsqu'elle a été saisie (CE, avis, 10 octobre 2007, *Sachot*, 306590, Rec. p. 422).

- Lorsqu'elle estime que le seuil de gravité est atteint, la CRCI désigne aux fins d'expertise, un expert ou un collègue d'experts choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux, établie par la commission nationale des accidents médicaux (V. TR 6).

La CRCI est ensuite chargée d'émettre, dans les six mois de sa saisine, un avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable et de l'adresser à l'ONIAM ainsi qu'à toutes les personnes intéressées par le litige.

En application de l'article R. 1142-16 du code de la santé publique, cet avis précise pour chaque chef de préjudice les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages ainsi que son appréciation sur les responsabilités encourues. Il précise si, à la date où il rendu, l'état de la victime est consolidé ou non. La victime, les parties mises en cause et leurs assureurs sont avisés de la date de réunion de la commission. Les parties sont entendues sur leur demande ou à la demande de la commission et peuvent se faire assister ou représenter par une personne de leur choix.

Cet avis ne peut être contesté qu'à l'occasion de l'action en indemnisation introduite devant la juridiction compétente par la victime ou des actions subrogatoires de l'assureur du responsable ou de l'ONIAM.

- Lorsqu'elle estime que le dommage engage la responsabilité du professionnel de santé, de l'établissement, de l'organisme ou du service de santé, du promoteur de recherche ou d'un producteur d'un produit de santé, l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de la personne ou de la structure considérée comme responsable est chargé d'adresser à la victime ou ses ayants droits dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance.



Le contenu de cette offre est fixé par l'article L. 1142-14 du code de la santé publique. Elle présente un caractère provisionnel si l'assureur n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive doit intervenir dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il aura été informé de la consolidation.

Si la victime accepte l'offre, cette acceptation vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil et le paiement doit intervenir dans le délai d'un mois à compter de la réception de cette transaction ; un doublement des intérêts étant prévu dans le cas contraire. L'assureur ayant transigé avec la victime garde la possibilité, s'il estime que le dommage n'engage pas la responsabilité de son assuré, d'agir à l'encontre du tiers responsable ou de l'ONIAM si la réparation relevait de la solidarité nationale.

La victime peut aussi refuser l'offre de l'assureur et saisir la juridiction compétente.

En cas de silence ou de refus explicite de l'assureur de faire une offre ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou sa couverture épuisée, l'ONIAM est substitué à l'assureur et fait une offre à la victime dans les mêmes conditions que ce dernier.

L'ONIAM est en principe subrogé dans les droits de la victime contre la personne responsable ou le cas échéant son assureur, sauf dans certains cas prévus à l'article L. 1142-15 ayant trait à l'expiration de la couverture assurantielle.

Si en application de l'article L. 1142-18 du code de la santé publique, la CRCI considère qu'un accident n'est que pour partie la conséquence d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins engageant la responsabilité du praticien ou de l'établissement de santé, elle détermine la part de préjudice imputable à la responsabilité et celle relevant d'une indemnisation au titre de l'office.

- Lorsque la CRCI estime que le dommage est indemnisable au titre de la solidarité nationale en application des articles L. 1142-1 II ou L. 1142-1-1 du code de la santé publique ou encore de l'article L. 1142-3, elle transmet un avis en ce sens à l'ONIAM en précisant la nature et l'étendue des préjudices subis par la victime. L'ONIAM fixe alors le montant des préjudices énumérés par la commission et fait, dans un délai de 4 mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation à la victime ou à ses ayants droits visant à la réparation intégrale des préjudices subis.

Le contenu de cette offre est fixé par l'article L. 1142-17 du code de la santé publique. L'acceptation de l'offre par la victime et le délai de paiement sont identiques au cas d'une offre faite par l'assureur.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont cependant retenu que les avis des CRCI dont la saisine était dépourvue de caractère obligatoire et dont la mission était de faciliter le règlement amiable des litiges ne liaient pas l'ONIAM (CE, avis, 10 octobre 2007, *Sachot* n° 306590, Rec. p. 422, et Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-66947, Bull. n° 105).

La victime peut aussi refuser l'offre de l'ONIAM et saisir la juridiction compétente. De même en est-il en l'absence d'offre. L'ONIAM garde encore la possibilité d'une action subrogatoire, après la transaction à l'encontre des responsables éventuels du dommage.



2. La saisine de l'ONIAM

L'indemnisation amiable de certains dommages est assurée directement par l'ONIAM.

C'est le cas des vaccinations obligatoires et des dommages liés à des mesures d'urgence en cas de menaces sanitaires graves dont la procédure d'indemnisation est prévue par les R. 3131-1 à R. 3131-3-5 du code de la santé publique C'est aussi celui des contaminations par le VIH et par le VHC dont les procédures d'indemnisation sont prévues par les articles L. 3122-1 et suivants, R. 3122-1 et suivants et L. 1221-14 du code de la santé publique.

Ces procédures d'indemnisation présentent des points communs. Elles prévoient en particulier le recours à des mesures d'expertise, à l'avis d'une commission spécifique sauf en matière de contamination par le VHC, à une offre d'indemnisation, à la subrogation sous certaines conditions de l'ONIAM à l'encontre du responsable du dommage et de son assureur et sont préalables à une action contentieuse. Les actions contentieuses en matière de contamination par le VIH relèvent de la compétence de la cour d'appel de Paris alors que les actions au titre des contaminations par le VHC relèvent de la compétence des juridictions administratives, depuis l'ordonnance n° 2005-1087 du 1^{er} septembre 2005.

Les conditions dans lesquelles l'ONIAM intervient ne sont cependant pas toujours clairement énoncées, alors qu'elles déterminent notamment l'éventualité d'un recours des tiers payeurs ; ce recours n'étant en principe pas admis lorsque l'indemnisation intervient au titre de la solidarité nationale.

Le Conseil d'État a retenu que le dispositif instauré en matière de contamination par le VHC assurait une indemnisation au titre de la solidarité nationale même si le législateur ne l'avait pas expressément énoncé et avait maintenu les règles de preuve prévues par l'article 102 de la loi du 4 mars 2002, en se fondant notamment sur l'économie générale du dispositif applicable, au demeurant semblable à celui prévu par la loi pour l'accomplissement par l'ONIAM d'autres missions d'indemnisation assurées expressément au titre de la solidarité nationale.

Il en a déduit que les tiers payeurs ne pouvaient exercer de recours subrogatoire contre l'ONIAM, sauf dans les procédures en cours dans lesquelles l'ONIAM substituait l'EFS, et que s'ils pouvaient exercer leur recours subrogatoire contre l'EFS en sa qualité de responsable du dommage, ils ne le pouvaient qu'en cas de faute et à condition que le centre de transfusion bénéficie de la couverture d'une assurance (CE, Avis, 18 mai 2011, *EFS*, n° 343823, Rec. p. 243).

Dans le cas de l'indemnisation des dommages liés au Benfluorex, il est à l'inverse expressément précisé que l'ONIAM n'intervient que pour faciliter l'indemnisation des dommages qui sont à la charge de leurs responsables.

B. Les voies contentieuses

La victime ou ses ayants droit peuvent solliciter une réparation auprès de la juridiction compétente. Les tiers payeurs, l'ONIAM, l'assureur du responsable ainsi que ce dernier ainsi disposent aussi de telles voies.



1. L'action de la victime ou de ses ayants droit

La victime ou ses ayants droit peuvent saisir la juridiction civile ou administrative compétente selon les règles habituelles, ou selon les dispositions spécifiques à certains contentieux comme en matière de contaminations transfusionnelles s'agissant des recours contre l'ONIAM, ou encore des actions en indemnisation des dommages résultant d'une recherche biomédicale relevant de la compétence judiciaire, en application de l'article L. 1126-7 du code de la santé publique. Elle peut aussi saisir la juridiction pénale.

Cette saisine peut intervenir d'emblée, en parallèle à une saisine de la CRCI sous réserve d'une information du juge et de la CRCI, en application de l'article L. 1142-19 du code de la santé publique, soit encore lorsque son recours devant une CRCI a été déclaré irrecevable ou a été rejeté, qu'elle a refusé l'offre de l'assureur ou celle de l'ONIAM ou n'en a pas reçu, ou même a subi un préjudice qui n'a pas été indemnisé.

Elle peut être dirigée contre la personne ou l'établissement qu'elle estime responsable de son dommage ou contre l'ONIAM.

Elle est assortie en principe d'une mise en cause des tiers payeurs en application de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale (V. TR 4).

La Cour de cassation a estimé que le refus d'une offre de l'ONIAM et la saisine de la juridiction par la victime d'une contamination par le VIH, rendait cette offre caduque de sorte que l'ONIAM s'en trouvait délié et qu'il appartenait à la cour d'appel de statuer tant sur l'existence des droits que sur leur étendue (Cass., 1^{ère} civ., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-71201, Bull. n° 556).

Le Conseil d'État a précisé que le rejet définitif d'un recours indemnitaire contre un centre hospitalier considéré comme responsable du dommage n'avait pas pour effet de priver la victime de la possibilité d'engager ensuite l'action prévue par les dispositions du II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique contre l'ONIAM (CE, 7 avril 2010, *CHRU de Rouen c/ M. et Mme Chéret*, n° 331551, inédit au Rec.).

Il appartient à la juridiction saisie de statuer sur la responsabilité éventuelle du professionnel de santé, de l'établissement, service ou organisme de santé, du producteur ou encore du promoteur de recherches, et le cas échéant de le condamner à la réparation des dommages et, le cas échéant, sur les conditions d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale.

L'article L. 1142-21 du code de la santé publique précise que lorsque la juridiction estime que les dommages ouvrent droit à une réparation au titre de la solidarité nationale, l'ONIAM doit être appelé en la cause s'il ne l'avait pas été initialement. Ce dernier devient défendeur à la procédure et verse, le cas échéant à la victime le montant de l'indemnisation mise à sa charge par la juridiction.

Le Conseil d'État en a déduit que la juridiction du fond saisie de conclusions tendant à l'engagement de la responsabilité d'un établissement de santé était tenue si elle estimait que la dommage invoqué remplissait les conditions pour être indemnisé en tout ou en partie sur le fondement des articles L. 1142-1- II ou L. 1142-1-1, d'appeler en la cause l'ONIAM, au besoin d'office, puis de mettre à sa charge la



réparation qui lui incombait, même en l'absence de conclusions dirigées contre lui, sans préjudice de l'éventuelle condamnation de la personne initialement poursuivie à réparer la part du dommage dont elle serait responsable (CE, 30 mars 2011, *Mme Joncour*, n° 320581, Rec. p. 145).

Le Conseil d'État a aussi jugé que lorsque le législateur avait prévu une indemnisation au titre de la solidarité nationale, la réparation incombait prioritairement à l'ONIAM qui n'était pas susceptible de s'exonérer de cette obligation en invoquant la faute de l'établissement de santé mais pouvait seulement demander à ce dernier de l'indemniser de tout ou partie des sommes à sa charge, via une action subrogatoire ou récursoire en cas de faute à l'origine du dommage (CE, 21 mars 2011, *CH Saintes*, n° 334501, Rec. p. 132).

Il incombe encore, le cas échéant à la juridiction saisie, de déterminer la part du dommage imputable à l'accident médical et à une ou plusieurs fautes (CE, 30 mars 2011, *ONIAM c. M. et Mme Hautreux*, n° 327669, Rec. p. 148 et Cass., 1^{ère} civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11270, Bull. n° 63) ; les préjudices consécutifs à l'accident médical demeurant, en l'absence de réparation par le responsable de la faute et son assureur, à la charge de l'ONIAM.

2. L'action d'un tiers-payeur

Ce dernier appelé en la cause, peut demander le remboursement de ses débours au professionnel de santé, à l'établissement, au service ou à l'organisme de santé qu'il considère comme responsable du dommage (V. TR 4).

Il peut aussi agir lui-même, en particulier lorsqu'il estime que le dommage ne constituait pas un accident médical. Il n'est notamment pas lié par l'avis d'une CRCI concluant à l'existence d'un accident médical.

3. L'action de l'ONIAM

L'ONIAM dispose donc d'une action subrogatoire, à l'issue de l'acceptation par la victime de son offre d'indemnisation et d'une action récursoire à l'encontre de l'auteur du dommage, lorsqu'une indemnité a été mise à sa charge par une juridiction et qu'il estime que le dommage engage, au moins pour partie, la responsabilité de professionnels ou d'établissements de santé au titre notamment des fautes qu'ils ont commises.

La Cour de cassation a jugé dans le cas d'une action subrogatoire de l'ONIAM à l'encontre de l'assureur du responsable du dommage auquel il s'était substitué, en raison du faible montant de l'offre de ce dernier, qu'une offre d'indemnisation présentant un caractère dérisoire équivalait à une absence d'offre au sens de l'article L. 1142-15 du code de la santé publique, de sorte que l'ONIAM s'était régulièrement substitué à cet assureur qui encourait dès lors la pénalité égale à 15 % des sommes allouées aux requérants (Cass., 1^{ère} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-19766, Bull. n° 146).

4. L'action du responsable du dommage et de son assureur

Ces derniers disposent d'une action subrogatoire, à l'issue de l'acceptation par la victime de leur offre d'indemnisation et d'une action récursoire à l'encontre d'autres auteurs du dommage ou de l'ONIAM, s'ils estiment que le dommage



devait être pris en charge au titre de la solidarité nationale en application de l'article L. 1142-15.

C. Les prescriptions applicables

La loi du 4 mars 2002 a, en matière de responsabilité médicale, substitué à la prescription quadriennale prévue par la loi du 31 décembre 1968 et à la prescription civile trentenaire, une prescription décennale fixée par l'article L. 1142-28 du code de la santé publique. Le point de départ de la prescription décennale est la date de consolidation des dommages et non plus l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis, ce qui remet en cause les distinctions opérées par le Conseil d'état quant au point de départ de la prescription suivant la nature des dépenses et des préjudices subis (CE, 26 septembre 2008, *CH de Flers et CPAM de l'Orne*, n° 272690 et 272693, inédit au Rec.).

La consolidation n'a pas été définie par le législateur. Elle est en général considérée comme le moment où les lésions se fixent et prennent un caractère permanent, tel qu'un traitement n'est plus nécessaire, si ce n'est pour éviter une aggravation, et où il est possible d'apprécier un certain degré d'incapacité permanente réalisant un préjudice définitif ; la fixation de cette date relevant en principe de l'appréciation souveraine des juges du fond.

L'article 101 de la loi du 4 mars 2002 relatif aux conditions d'application dans le temps des différentes dispositions créées, a notamment prévu pour les dispositions dont fait partie l'article L. 1142-28 du code de la santé publique, qu'elles étaient immédiatement applicables, en tant qu'elles sont favorables à la victime ou à ses ayants droit, aux actions en responsabilité, y compris aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable.

Le Conseil d'État a précisé les modalités d'application de la prescription décennale en la limitant aux créances en matière de responsabilité médicale qui n'étaient pas déjà prescrites à la date d'entrée en vigueur de la loi et qui n'avaient pas donné lieu, dans le cas où une action en responsabilité avait été engagée, à une décision irrévocable. (CE, avis, 19 mars 2003 *Haddad et CPAM de Tourcoing c/ CH de Tourcoing* n° 251980, Rec. p. 133, et CE, 1^{er} mars 2006, *CH de Saulieu*, n° 263117 et 278078, inédit au Rec.).

Si la responsabilité pénale et la responsabilité du fait des produits défectueux demeurent expressément soumises en matière de prescription à des dispositions spécifiques (V. TR3 et TR7), le champ d'application de la prescription de dix ans fait l'objet de discussions s'agissant d'autres dommages liés à l'activité médicale. Le Conseil d'État a retenu en matière de vaccinations obligatoires qu'en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, le régime de prescription applicable à ces actions était demeuré, avant comme après l'intervention de la loi du 9 août 2004, celui de droit commun, prévu par la loi du 31 décembre 1968 (CE, 13 juillet 2011, *ONIAM*, n° 345756, Rec. p. 362).



Deuxième table ronde

Débats autour de la causalité

La causalité est au centre du contentieux de la responsabilité médicale, lié souvent à des dommages multifactoriels dont l'origine peut être, en tout ou partie, demeurée inconnue ou indéterminée. La table ronde examinera ses modalités de preuve, ses aménagements, le rôle du juge ainsi que le recours à la perte de chance. Seront aussi traitées les questions liées à la répartition des responsabilités entre les différents acteurs, tant à l'égard de la victime qu'entre coresponsables.

Sommaire

Présentation des intervenants	p. 90
Actes de la table ronde	p. 92
Témoignages et échanges avec les participants	p. 117
Propos conclusifs	p. 121
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire	p. 122

Les intervenants

Didier Tabuteau

Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé de l'université Paris V - René Descartes,

Président de la table ronde

Diplômé de l'École Polytechnique et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Louise Michel), Didier Tabuteau entre comme auditeur au Conseil d'État en 1984. Il est directeur adjoint du cabinet du ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale en 1988 avant de rejoindre le Conseil d'État en 1991 à la section du contentieux en qualité de commissaire du Gouvernement. En 1992 il est nommé directeur de cabinet du ministre de la santé et de l'action humanitaire puis, successivement, directeur général de l'Agence du médicament (1993), directeur adjoint du cabinet du ministre de l'emploi et de la solidarité (1997), conseiller du ministre de l'emploi et de la solidarité chargé de la préparation du projet de loi sur les droits des malades (2000) et directeur du cabinet du ministre délégué à la santé (2001). Il est titulaire d'un doctorat en droit et de l'habilitation à diriger des recherches depuis 2008. Il a notamment publié « *droit de la santé* » avec Anne Laude et Bertrand Mathieu (PUF Temis, 2009), un code européen de la santé (éditions de santé) et un Que sais-je « *la santé publique* » (PUF) avec Aquilino Morelle.

Didier Houssin

Président de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES)

Didier Houssin est, depuis mai 2011, président de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES). Ancien interne des hôpitaux de Paris, puis chargé de recherche à l'Inserm, il est professeur de chirurgie à l'université Paris V - René Descartes. Il a été directeur général de l'établissement français des greffes de 1994 à 2003 et chef du service de chirurgie de l'hôpital Cochin de 1998 à 2003. De 2003 à 2005, il a été directeur de la politique médicale de l'assistance publique hôpitaux de Paris, puis directeur général de la santé et délégué interministériel à la lutte contre la grippe aviaire de 2005 à 2011. Il est l'auteur de deux ouvrages et de plus de 300 publications scientifiques.

Mireille Bacache-Gibeili

Professeuse de droit à l'université Paris V - René Descartes

Mireille Bacache-Gibeili est professeuse agrégée des facultés de droit depuis 1997. Après avoir enseigné à l'université de Caen, elle est depuis 2001 professeuse à l'université Paris V - René Descartes. Présidente de la section de droit privé et directeur du Master 2 « Activités de santé et responsabilité », elle y enseigne essentiellement le droit de la responsabilité civile. Elle est membre de l'Institut droit et santé.

Didier Chauvaux

Assesseur à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État

Ancien élève de l'École normale supérieure, agrégé de lettres classiques, il commence sa carrière comme professeur à l'Institut français d'Amérique latine au Mexique de 1979 à 1981 puis comme lecteur à l'université de Florence de 1983 à 1986 et professeur à l'Institut franco-japonais de Tokyo de 1986 à 1988. Ancien élève de l'École nationale d'administration, Didier Chauvaux intègre le Conseil d'État comme auditeur en 1991 où il sera affecté successivement à la section du contentieux, à la section sociale et au centre de documentation avant d'être nommé en 1997 commissaire du Gouvernement à la section du contentieux. Depuis 2007, Didier Chauvaux est assesseur à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux.

Jean-Dominique Sarcelet

Avocat général à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Jean-Dominique Sarcelet a exercé les fonctions de substitut du procureur de la République à Reims, avant d'être détaché auprès de l'administration centrale du ministère de la justice, puis d'être nommé chef du cabinet du directeur des affaires civiles et du Sceau et du directeur des services judiciaires. En 1981, il est nommé procureur de la République à Papeete, avant de rejoindre le tribunal de grande instance de Châlons-sur-Marne en 1984 où il exercera les fonctions de premier substitut. En 1986, il devient substitut général à Reims, puis procureur de la République de Béthune. Après un passage en tant que chef de bureau de la législation commerciale à la direction du commerce de l'intérieur, il rejoint le parquet général de Reims en 1998. Il est nommé avocat général à la première chambre civile en 2005.

Didier Le Prado

Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Diplômé de l'École supérieure de commerce de Paris, titulaire d'une licence de sociologie de l'université Paris V René Descartes et d'une maîtrise de droit de l'université Paris II Panthéon - Assas. Après avoir exercé des fonctions d'enseignant, de collaborateur d'un syndic de faillites et d'attaché commercial auprès de l'ambassade de France à Tunis, il a prêté serment comme avocat à la cour d'appel de Paris en 1980. Il a été secrétaire de la conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation en 1983 et 1984. Il est avocat aux Conseils depuis 1987 ; il a été membre du conseil de l'Ordre de 2003 à 2005 et a exercé les fonctions de secrétaire trésorier en 2005. Il a été membre du bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation de 1997 à 2003. Il est membre de la Société de législation comparée et membre du comité de direction de l'Association française de droit maritime. Il est président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation depuis le 1^{er} janvier 2009. Il est également président du Haut conseil des professions du droit.



Didier Tabuteau

*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes*

Président de la table ronde

Après les questions de principe examinées ce matin, nous allons à présent nous intéresser à un enjeu juridique technique et complexe : la causalité.

La causalité est un concept philosophique redoutable, des quatre causes d'Aristote à la cause de Descartes ou d'Auguste Comte, la question est au cœur de nombreuses philosophies. Quand on l'applique à la santé, la complexité se redouble des enjeux de la médecine. Anne Fagot-Largeault rappelle que « *la cause a la puissance d'induire l'effet* » dans sa remarquable « Variation sur la notion de causalité et d'imputabilité » en médecine, et développe le concept dans son « Approche médicale de la causalité dans les systèmes complexes ».

Il s'agit cet après-midi de nous interroger sur la causalité juridique mais dans le contexte particulier de la médecine avec un droit qui s'est adapté, au fil des jurisprudences puis des textes, notamment avec la loi du 4 mars 2002, aux problématiques médicales de la causalité.

Le droit a implicitement pris en compte les approches de la causalité que la science médicale a développées depuis deux siècles :

- l'approche pasteurienne évidemment : la cause simple, le microbe et le virus, le geste ou l'erreur de dosage explique le dommage ;
- l'approche épidémiologique de John Snow : la cause directe est ignorée mais l'observation statistique permet d'établir avec une forte probabilité l'origine ;
- et l'approche immunologique de Rivers : la prise en compte de causes opportunistes et systémiques qui concourent à la survenue de l'événement.

C'est la notion de facteur de risque : un facteur de risques est une cause, l'ensemble des facteurs est la cause. Le droit de la responsabilité a adapté à la santé des notions prenant en compte cette complexité :

- la pluralité de causes où l'équivalence des conditions peut se substituer à la causalité adéquate ;
- la cause étrangère comme seul cas d'exonération dans certains régimes légaux ou jurisprudentiels.

Il a intégré certains éléments d'incertitude, en retenant des concepts fructueux, comme la proximité temporelle, l'enchaînement nécessaire ou la perte de chance.

Le régime de la preuve s'est lui-même adapté dans des contextes contentieux particulièrement complexes et importants comme les effets indésirables des vaccinations, du Distilbène, les contaminations par le sida ou l'hépatite C. La notion de présomption et de faisceau d'éléments y tient une place particulière, par exemple dans les contentieux relatifs à la vaccination contre l'hépatite B.

Pour essayer de cerner ces questions et l'actualité du droit en ce domaine, cinq personnalités de premier plan du monde de la santé et du droit de la santé m'entourent :

- Mireille Bacache-Gibeili, professeur de droit à l'université Paris-Descartes ;
- Dominique Sarcelet, avocat général à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation ;
- Didier Chauvaux, assesseur à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État ;
- Didier Le Prado, président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;
- et Didier Houssin, chirurgien, ancien responsable de l'établissement français des greffes, ancien directeur général de la santé, et aujourd'hui président de l'AERES.

Compte tenu de la complexité du thème, il a aussi semblé utile d'organiser notre table ronde en cinq séquences successives :

- une interrogation sur la notion même de causalité en médecine comme en droit ;
- une séquence consacrée à la preuve par présomption ;
- une séquence dédiée à la théorie de la perte de chance et ses dernières évolutions jurisprudentielles ;
- un temps consacré au partage de causalité en cas de pluralité d'auteurs ;
- un échange sur les infections nosocomiales et la cause étrangère en droit de la responsabilité médicale.

À l'issue de ces discussions, la parole sera donnée à la salle pour réagir ou interroger les intervenants.

Tout de suite donc, commençons par une réflexion sur la notion délicate et complexe de la causalité, avec un éclairage médical qui nous est donné par le professeur Houssin.

Didier Houssin

*Président de l'Agence d'évaluation de la recherche
et de l'enseignement supérieur (AERES)*

Avant d'évoquer la causalité telle que la voient les juristes, c'est-à-dire au centre du contentieux de la responsabilité médicale, je voudrais l'évoquer telle que la voit le médecin. Le médecin s'intéresse en effet avant tout au malade, et donc essentiellement aux causes de la maladie.

De l'Antiquité au XIX^{ème} siècle, la causalité en médecine s'est essentiellement appuyée sur la théorie des humeurs, selon laquelle l'apparition de la maladie est liée à un déséquilibre entre les humeurs. Or, cette approche était peu démonstrative en termes de causalité. Ensuite, sont survenues deux avancées majeures dans la compréhension des maladies.

La première, c'est la causalité comprise à travers la relation anatomo-clinique. Elle concerne aussi les juristes, dans le cas, par exemple, de la recherche des causes de la mort par l'autopsie. « *Ouvrez quelques cadavres !* », disait Bichat³³. On découvre,

33 Mots de Bichat, cités par Foucault dans *Naissance de la clinique*, PUF, 2003.

par exemple, qu'un décès par péritonite quelques jours après une coloscopie trouve évidemment sa cause dans la perforation du rectum par le coloscope.

La seconde avancée, liée directement à la théorie infectieuse, conçue dans le contexte de la tuberculose, est la mise en évidence de l'agent causal, appelé en médecine l'agent étiologique, qu'est le germe, qui peut être observable, cultivable ou repérable.

Voilà une preuve à laquelle les juristes accordent aussi beaucoup d'importance, notamment dans le contexte des dommages liés aux infections nosocomiales ou à l'administration de produits sanguins. Mais, s'agissant de l'agent infectieux, il convient d'être prudent et de savoir nuancer son rôle causal, notamment par les notions de porteur sain ou de terrain : l'âge, l'état nutritionnel, l'état d'immunosuppression éventuel, sont des éléments qui déterminent fortement le rôle causal ou non de l'agent infectieux.

Ces deux avancées ne concernent cependant qu'une part très limitée des maladies. Au XX^{ème} siècle, la question de la causalité est devenue de plus en plus complexe, pour au moins deux raisons.

La première est l'émergence de la notion de pluralité des causes d'une maladie. Le cancer en est l'exemple typique. Prenons le cas du cancer du poumon : prédisposition génétique, rôle du tabac, rôle de facteurs liés à la pollution aérienne, au milieu professionnel ou à l'alimentation... et voilà d'ailleurs pourquoi la classification des cancers reste de nature morphologique, et non étiologique.

La seconde raison tient à l'environnement de l'approche individuelle de la médecine. Celle-ci est fondée sur l'observation planifiée à visée cognitive, diagnostique ou pronostique, ou à visée thérapeutique, c'est-à-dire préventive ou curative. Or, cette approche individuelle connaît une interférence croissante avec l'approche populationnelle de la santé, fondée sur la méthode épidémiologique dont Didier Tabuteau disait un mot.

Il en résulte une lecture probabiliste de la causalité en médecine, qui est au cœur de la notion de pronostic, mais aussi au cœur de celle de perte de chance. L'épidémiologiste, après recours à la méthode de la boîte noire, plus ou moins éclairée, se pose en juge et, en s'appuyant sur la signification statistique, qui est l'expression probabiliste de la preuve, rend lui aussi un verdict, par exemple sur la nocivité d'une exposition à une substance chimique.

La logique bayésienne permet d'exprimer la probabilité d'être malade lorsque l'on est exposé. Je vous invite à creuser la question de la probabilité bayésienne. Personnellement, je n'ai pas encore tout compris mais c'est un élément qui ne peut pas être contourné aujourd'hui en matière de compréhension de la causalité en médecine.

Je n'entrerai pas dans la description du mouvement de recherche de causalité propre à la démarche individuelle du médecin mais, avant de venir à la causalité telle que la voient les juristes, je voudrais évoquer brièvement trois autres aspects importants concernant la causalité en médecine :



- d'abord, en citant des tentatives de construire une typologie des causes individuelles, selon leur poids, leur caractère inaccessible, leur caractère évitable ou non³⁴ avec, c'est un fait assez nouveau et qui vous intéresse particulièrement, la place qui commence enfin à être faite aux erreurs humaines, qu'elles soient de pratique, de règle ou de connaissance³⁵ ;
- ensuite, la tentative de formuler des critères de causalité dans le domaine des maladies à causes multiples, comme le cancer, par exemple à propos du pouvoir cancérigène des substances chimiques, à partir des critères formulés par Hill³⁶ ;
- enfin, une meilleure prise en compte des nouveaux aspects organisationnels de la pratique médicale, en termes de causalité : multiples intervenants, circulation de l'information, contrainte temporelle.

Revenons maintenant de la cause des maladies à la cause des dommages, revenons à la causalité telle que la voient les juristes. Il me semble que le sort des juristes, en termes de complexité, n'est pas meilleur que celui des médecins.

La lecture est souvent délicate de l'état de la science, notamment face à l'incertitude sur les liens de causalité. Elle conduit même à un hiatus, lorsque la causalité scientifique paraît se séparer de la causalité juridique, comme dans le cas de la vaccination contre l'hépatite B et des affections démyélinisantes. Scientifiquement non exclu, un lien de causalité juridique est parvenu à s'établir, sous conditions de délai et d'état antérieur. En gros quand précéder veut vouloir dire causer !

Le sort des juristes n'est pas meilleur non plus face à la peine qu'il y a souvent à démontrer le caractère direct et certain du lien de causalité, en particulier devant la pluralité des causes ou des intervenants, ou en raison d'un mélange avec des causes étrangères. Aussi parce que, comme en médecine, ils en sont réduits à l'aménagement, à ce que le faisceau d'éléments, la preuve par la présomption, leur tienne lieu de preuve.

Parce qu'enfin les juristes doivent aussi faire appel à l'approche probabiliste, notamment dans le cadre du recours à la perte de chance, avec la difficulté complémentaire qu'ajoute la pénétration, fût-elle illégitime, du « principe de précaution » dans le périmètre de la causalité.

Didier Tabuteau

*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes
Président de la table ronde*

Merci, M. le professeur, et n'hésitez pas à réagir sur les propos que les juristes pourront tenir sur ces questions. Je donne tout de suite la parole à Mireille Bacache-Gibeili sur la complexité de la causalité en droit.

34 Rizzi D.A., Pedersen S.A. : *Causality in medicine: towards a theory and terminology. Theoretical medicine*, 1992, 13, 233-254.

35 Reason J. : *Human error*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

36 IARC : *Il cancro : frequenza, cause, controllo (a cura di L.Tomatis)*, Milano, Garzanti, 1991.

Le lien de causalité est non seulement l'un des éléments constitutifs de la responsabilité mais il en est également le critère distinctif. En effet, l'exigence d'un lien causal permet de distinguer la responsabilité civile des autres techniques de réparation des dommages tel que l'indemnisation par un fonds public. Le débiteur de la réparation est donc celui qui est à l'origine du dommage, celui qui l'a causé.

Ceci étant rappelé, il convient de constater que si la causalité juridique est déjà une notion bien complexe, cette complexité est exacerbée dans le domaine de la santé.

En effet, rappelons que la définition même de la causalité fait l'objet de controverses. La théorie la plus libérale, dite de l'équivalence des conditions, consiste à retenir comme cause tout événement sans lequel le dommage ne se serait pas produit. Toute condition *sine qua non* du dommage est donc nécessairement causale. Parmi les théories plus restrictives, celle de la causalité adéquate ne retient ou n'estime causal que le fait qui rendait prévisible le dommage.

La jurisprudence adopte en la matière une attitude purement empirique. Elle s'inspire, selon les espèces, de l'une ou l'autre de ces théories en contemplation du résultat qu'elle souhaite atteindre, même si l'on peut distinguer en effet une légère tendance à préférer l'équivalence des conditions en présence d'une responsabilité fondée sur la faute.

Quant à la preuve de la causalité, si elle doit être rapportée par la victime³⁷, le juge peut se fonder sur des présomptions de fait « *graves, précises et concordantes* », conformément au droit commun de la preuve, c'est-à-dire sur un faisceau d'indices rendant la relation causale fortement probable. Et en cas de doute, l'action est rejetée, le risque de la preuve étant supporté par la partie à qui en incombe la charge.

Or, le doute sur le lien causal est amplifié dans le domaine de la santé. De nouveaux doutes tenant aux effets secondaires, à l'identité des fabricants, à la volonté du patient dans la prise de décision ou simplement à l'aléa naturel de l'activité médicale, compliquent la tâche probatoire des victimes. Une première série de doutes provient de l'existence d'une autre cause qui peut être qualifiée en cela de cause alternative. Une deuxième sorte d'incertitude tient à l'existence de causes dépendantes du fait du défendeur et qui viennent s'intercaler entre le fait du défendeur et le dommage. Cette différence de nature relative aux doutes rejaille sur les modalités de leur appréhension par la jurisprudence et explique la différence de moyens utilisés pour les contourner. Nous les examinerons alors successivement.

Tout d'abord, attachons nous aux causes dites alternatives.

La complexité de la causalité tient au constat qu'entre le dommage subi par le patient et le professionnel de santé, s'intercale le produit de santé ou l'activité de soins fournis par le second et dont a bénéficié le premier. De la sorte, la causalité

37 V. notamment : Cass., 2^{ème} civ., 15 novembre 1989, pourvoi n° 88-18310, Bull. n° 206.

doit alors être double puisqu'elle doit relier, d'abord, le dommage au produit ou à l'activité de soins et, ensuite, le produit de santé ou l'activité de soins au défendeur à l'action. Or le doute peut affecter chacun de ces liens.

Tout d'abord, le lien entre le dommage subi par la victime et le produit de santé peut être à son tour de nature différente, scientifique ou juridique, comme on l'a rappelé tout à l'heure, ce qui renforce cette impression de complexité. N'étant pas de même nature, ces deux doutes n'ont pas reçu le même traitement en jurisprudence.

En effet, le doute scientifique est particulier, car il est en quelque sorte antérieur au débat juridique. La question est de savoir si, en soi, ce doute scientifique bloque la recevabilité même de la preuve en justice, c'est-à-dire empêche la victime de rapporter cette preuve. La Cour de cassation avait commencé par répondre par l'affirmative, dans le contentieux relatif au vaccin anti-hépatite B dans un arrêt du 23 septembre 2003³⁸, puisque le lien entre ce vaccin et la sclérose en plaque n'est pas scientifiquement avéré. La Cour de cassation a fini par opérer un revirement de jurisprudence dans une série d'arrêts rendus le 22 mai 2008³⁹, suivant en cela le Conseil d'État.

Il faut bien constater que la jurisprudence ne pose pas ici de présomption de causalité, en ce sens qu'elle ne dispense pas la victime de rapporter la preuve du lien entre sa sclérose en plaque et son vaccin, laquelle peut résulter conformément au droit commun de présomptions du fait de l'homme, c'est-à-dire d'indices graves, précis et concordants. En cela, la jurisprudence, qu'elle soit judiciaire ou administrative, estime que la prise en compte du principe de précaution ne va pas jusqu'à poser une véritable présomption de causalité, c'est-à-dire emportant dispense de preuve pour la victime, en présence d'un risque incertain de dommage.

En ce qui concerne l'hypothèse d'un doute simplement juridique, elle peut être illustrée par les contaminations par transfusion sanguine, puisqu'il est scientifiquement établi que les virus du sida et de l'hépatite C se transmettent par voie de transfusion sanguine. C'est la raison pour laquelle, sous l'impulsion du Conseil d'État, la Cour de cassation a posé une véritable présomption de causalité emportant dispense de preuve et elle a été suivie en ce sens là par le législateur qui a consacré cette présomption à l'article 102 de la loi du 4 mars 2002.

Qu'en est-il à présent du doute qui affecte le lien entre le produit de santé ou l'activité de soin et le responsable ?

Deux exemples illustrent cette difficulté. Le premier exemple concerne les dommages consécutifs au Distilbène. Alors que l'on sait que les risques de cancer sont scientifiquement avérés, il faut tout d'abord prouver le lien entre le cancer et la molécule litigieuse, c'est-à-dire prouver que le cancer ne provient pas d'une autre cause possible. Ensuite, il faut prouver le lien entre le médicament administré à la victime ou à la mère de la victime et le défendeur à l'action. Or pourquoi se trouve-t-il que cette deuxième preuve est difficile à rapporter ? Parce

38 Cass., 1^{ère} civ., 23 septembre 2003, pourvoi n° 01-13063, Bull. n° 188.

39 Cass., 1^{ère} civ., 22 mai 2008, pourvois n° 08-16097 et 09-16556, Bull. n° 148 et 149.



qu'à l'époque, la molécule litigieuse était fabriquée par deux laboratoires distincts et qu'en égard au délai qui sépare l'administration du médicament de la révélation du dommage, la production des ordonnances était pratiquement illusoire. C'est la raison pour laquelle, dans deux arrêts en date du 24 septembre 2009⁴⁰, la Cour de cassation est venue en aide aux victimes et a accepté de présumer le lien entre le médicament et le défendeur. Si la victime doit rapporter la preuve du lien causal entre son cancer et la molécule, elle n'a pas en revanche à prouver en outre que le médicament qui avait été prescrit à sa mère est bien celui fabriqué par le défendeur. Cette présomption de causalité permet à la victime d'engager la responsabilité *in solidum* des deux fabricants potentiels. Le deuxième exemple a trait aux infections nosocomiales. Il résulte de la jurisprudence que si la victime doit prouver le caractère nosocomial de son infection, c'est-à-dire le lien de causalité entre l'infection et un séjour au sein d'un établissement de soins⁴¹, en revanche, lorsqu'elle a effectué des séjours successifs dans plusieurs établissements, le lien entre l'infection et chacun de ces établissements est présumé. La présomption qui résulte d'un arrêt du 17 juin 2010⁴², permet à la victime d'obtenir la condamnation *in solidum* de tous les responsables.

Il résulte de ces deux exemples que lorsque le doute porte sur l'identité des responsables, la présomption de causalité est partielle. Elle ne dispense pas la victime de prouver le lien entre son dommage et l'activité de soins ou le produit de santé, mais elle dispense la victime de la preuve du lien avec le défendeur à l'action. La dispense ne porte que sur la preuve du lien entre l'activité de soins et le défendeur à l'action.

Ainsi la jurisprudence a su appréhender les doutes tenant à l'existence de causes alternatives en ayant recours à la technique des présomptions, qu'elles soient de fait ou de droit, qu'elles soient totales ou partielles. Qu'en est-il alors des doutes tenant aux causes dépendantes ?

Pour comprendre la nature de ces causes ou la qualification de ces causes, il faut rappeler que la causalité est établie lorsqu'en l'absence de faute, il est certain qu'il n'y aurait pas eu de dommage. Or cette conclusion est difficile à obtenir en droit médical. Il existe souvent un doute sur ce qui se serait passé en l'absence de faute. La raison en est que l'absence de dommage dépend non seulement de l'absence de faute mais également d'une autre cause incertaine, interne au patient, qui vient s'intercaler entre le fait du défendeur et le dommage, fragilisant ainsi le lien causal.

L'observation peut être vérifiée, qu'il s'agisse de la faute d'information ou de la faute de diagnostic. En effet, pour établir le lien entre la faute d'information portant sur les risques et le dommage consistant dans le risque réalisé, il faudra prouver que le patient aurait certainement refusé l'opération s'il avait été correctement informé. Or la réponse à cette question est incertaine parce qu'elle dépend d'un événement incertain par nature : le choix du patient correctement informé.

De même, pour établir le lien entre la faute de diagnostic et le décès du patient, il faudra prouver que sans la faute le patient aurait guéri ou du moins aurait survécu quelques

40 Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, pourvois n° 08-10081 et 08-16305, Bull. n° 186 et 187.

41 Cass., 1^{ère} civ., 27 mars 2001, pourvoi n° 99-17672, Bull. n° 87.

42 Cass., 1^{ère} civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-67011, Bull. n° 137.



temps. Or, la réponse à cette question est incertaine car elle dépend d'un autre élément incertain par nature, à savoir la réaction du patient aux soins correctement prodigués en raison de l'aléa attaché à l'activité médicale, le médecin étant pour cela tenu à une obligation de moyens et non de résultat. La volonté du patient d'une part, l'aléa attaché à l'activité médicale de l'autre, sont autant de causes qui viennent s'intercaler entre le comportement du professionnel de santé et le dommage pour affaiblir le lien causal et le rendre incertain. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence n'a pas eu recours ici à des présomptions de causalité pour venir en aide aux victimes. Elle a utilisé un autre remède qui consiste simplement à déplacer le lien causal vers un préjudice de substitution: le préjudice de perte de chance.

Ce déplacement du lien causal du dommage corporel vers la perte de chance d'éviter celui-ci permet d'écarter le doute affectant la causalité. Pourquoi ? Parce qu'il est certain que la faute d'information ou de diagnostic a fait perdre au patient ne serait-ce qu'une chance d'éviter le dommage. Pour autant, contrairement aux présomptions, le recours à la perte de chance présente quelques faiblesses, puisque le préjudice de perte de chance n'est qu'une fraction du dommage corporel, le préjudice de substitution est nécessairement un préjudice de consolation pour la victime.

La Cour de cassation, s'est tournée vers la solidarité nationale dans un arrêt du 11 mars 2010⁴³, mettant à la charge de l'ONIAM le complément d'indemnisation. Elle a été suivie par le Conseil d'État dans un arrêt du 30 mars 2011⁴⁴, qui a également admis le cumul entre la responsabilité des professionnels de santé et l'indemnisation par la solidarité nationale.

En conclusion, il apparaît que la complexité de la causalité se trouve exacerbée lorsqu'il s'agit d'indemniser des préjudices corporels liés aux activités de soins. On saura gré à la jurisprudence d'avoir tenté de dépasser un certain nombre de doutes, en ayant recours tantôt à des présomptions de causalité, de fait ou de droit, totale ou partielle, tantôt à la technique du déplacement du lien causal, toujours dans le souci d'une meilleure indemnisation des victimes.

Je vous remercie.

Didier Tabuteau

*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes
Président de la table ronde*

Je vais donner tout de suite la parole à Didier Chauvaux sur la question de la présomption.

Didier Chauvaux

Assesseur à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux

Je vais reprendre, du point de vue de la jurisprudence administrative, les questions évoquées par les deux premiers intervenants.

43 Cass., 1^{ère} civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11270, Bull. n° 63.

44 CE, 30 mars 2011, *ONIAM c/ M. et Mme Jean-Paul A*, n° 327669, Rec. p. 148.

Dans le droit commun de la responsabilité, c'est au demandeur d'établir que le dommage qu'il a subi est imputable au défendeur. En matière de responsabilité médicale et hospitalière, certains aménagements sont apportés à ce principe pour tenir compte de la difficulté de la preuve.

D'une part, le juge vient normalement au secours du demandeur en désignant un expert. D'autre part, dans certaines situations où une preuve certaine serait impossible ou excessivement difficile, la jurisprudence ou la loi admettent une preuve par présomption, résultant d'un faisceau d'éléments.

La présomption peut porter soit sur l'existence d'une faute, soit sur le lien entre les soins et le dommage. La présomption de faute, qui est un peu en marge du thème de notre table ronde, est retenue depuis les années soixante lorsqu'un acte de soins courants provoque une lésion grave. Le Conseil d'État a jugé en 1988 que l'introduction d'un germe pathogène dans l'organisme du patient à l'occasion d'une opération révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service. La loi du 4 mars 2002 a mis fin à cette jurisprudence en instituant une responsabilité de plein droit au titre des maladies nosocomiales⁴⁵.

S'agissant de la présomption portant sur le lien entre les soins et le dommage, on peut citer la jurisprudence qui reconnaît le lien direct entre une vaccination contre l'hépatite B et une maladie démyélinisante qui est apparue dans un bref délai après l'injection⁴⁶. L'audace de cette solution, dégagée par le Conseil d'État en 2007, tient évidemment à l'absence de certitude scientifique en la matière.

Mais le terrain d'élection de la présomption d'imputabilité est le contentieux des contaminations transfusionnelles. Dans ce domaine, une preuve certaine n'est pas entièrement impossible. L'enquête menée à partir des numéros des lots de produits administrés peut identifier un donneur porteur de l'agent pathogène, ou révéler au contraire que tous les donneurs étaient sains. Mais, le plus souvent, l'enquête ne permet ni d'affirmer ni d'exclure que la contamination s'est produite lors d'une transfusion. En pareille situation, la jurisprudence a admis que la preuve puisse résulter d'un faisceau d'éléments. Cette approche a été dégagée dans le contentieux de la contamination par le VIH. On a tenu compte de la date des transfusions et de celle de la séroconversion, mais aussi de l'existence de facteurs de risques personnels, liés au comportement sexuel ou à l'usage de drogues par voie intraveineuse.

Les mêmes critères ont ensuite été mis en œuvre pour les contaminations par le virus de l'hépatite C. Mais, dans ce domaine, le législateur est intervenu pour fixer un régime de preuve. Comme vous le savez, en effet, l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 prévoit que le demandeur apporte des éléments permettant de présumer qu'il a été contaminé à l'occasion d'une transfusion. Au vu de ces éléments, il incombe au défendeur d'apporter la preuve contraire. La loi précise que le juge forme sa conviction après avoir ordonné, au besoin, des mesures d'instruction et que « *le doute profite au demandeur* ».

45 CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, n° 65087, Rec. p. 431. V. également CE, 1^{er} mars 1989, *Bailly*, n° 61406, T. Rec. p. 908 ; CE, 14 juin 1991, *Maalem*, n° 65459, Rec. p. 1184.
46 CE, 9 mars 2007, *Mme S.*, n° 267635, Rec. p. 118 (sclérose en plaques) ; *Cne de Grenoble*, n° 278665, Rec. p. 1068.



Ces dispositions, qui ne déterminent pas les éléments de la présomption, ont été regardées comme une simple codification de la jurisprudence antérieure. Pour que la présomption soit constituée, il faut que le demandeur apporte un faisceau d'éléments conférant à l'hypothèse d'une contamination transfusionnelle un degré suffisamment élevé de vraisemblance. C'est seulement si ce seuil critique est atteint que la preuve contraire incombe au défendeur et que peut jouer la disposition selon laquelle le doute profite à la victime⁴⁷.

La mise en œuvre du régime légal de présomption, ainsi interprété, a quelque peu achoppé sur une question délicate, tenant à l'hypothèse d'une origine nosocomiale de l'infection. Le demandeur peut en effet avoir subi des interventions chirurgicales et d'autres actes médicaux invasifs. Il a ainsi été exposé à une cause possible de contamination, qui n'engagerait pas la responsabilité du fournisseur de produits sanguins mais celle des établissements où les interventions ont eu lieu.

Avant comme après la loi du 4 mars 2002, pour déterminer si l'hypothèse d'une origine transfusionnelle était suffisamment vraisemblable, les juridictions administratives se sont attachées à vérifier si l'intéressé avait été exposé par ailleurs à un risque nosocomial significatif⁴⁸. La prise en compte du risque nosocomial place toutefois la victime dans une situation paradoxale. Que le dommage soit dû aux transfusions ou à des opérations, elle dispose d'un droit à réparation. Mais elle ne pourra pas exercer ce droit si une action contre le fournisseur des produits sanguins se heurte à l'hypothèse nosocomiale et si une action contre l'hôpital se heurte à l'hypothèse transfusionnelle.

Le Conseil d'État s'est efforcé de traiter cette question dans deux décisions toutes récentes puisqu'elles ont été rendues publiques hier⁴⁹. Définissant les éléments de la présomption, ces arrêts jugent qu'elle est normalement constituée si l'intéressé s'est vu administrer, à une date où il n'était pas procédé à une détection systématique du VHC (le virus de l'hépatite B) à l'occasion des dons du sang, des produits dont l'innocuité n'a pas pu être établie. Il n'en va autrement que si les autres facteurs de risque auxquels il a été exposé, qu'ils tiennent à des actes médicaux invasifs ou à son comportement personnel, sont tels que l'hypothèse d'une origine extra-transfusionnelle est manifestement plus vraisemblable que l'hypothèse transfusionnelle.

Sans aller jusqu'à exclure radicalement la prise en compte des facteurs nosocomiaux, comme l'ont fait, je crois, certains arrêts de la 1^{ère} chambre civile (d'autres arrêts abandonnant la question à l'appréciation souveraine des juges du

47 V. en ce sens l'arrêt CE, 10 octobre 2003, *Mme Tato et autres*, n° 249416, Rec. p. 393. Un arrêt du 25 juillet 2005 a ensuite précisé que la présomption légale ne concerne que la relation de cause à effet entre une transfusion et la contamination ; elle ne s'applique pas à l'existence même de la transfusion, dont le demandeur doit apporter la preuve selon les règles de droit commun (CE, 25 juillet 2007, *Établissement français du sang*, n° 271247, Rec. p. 1063). Quand les archives d'un hôpital ont disparu, cette preuve peut toutefois être apportée par tout moyen.

48 Cette approche n'a été exclue par principe que dans le cas où l'hôpital ayant pratiqué les actes invasifs avait par ailleurs élaboré les produits transfusés. Dans ce cas, en effet, les deux hypothèses, transfusionnelle et nosocomiale, désignaient le même responsable (CE, 16 mars 2011, *S.*, n° 320734, inédit au Rec.).

49 CE, 19 octobre 2011, *V.*, n° 339670, Rec. p. 495 ; *Epx B.*, n° 338686, inédit au Rec.



fond), cette approche la cantonne fortement. Justifiée par la disposition législative selon laquelle le doute profite à la victime - que l'arrêt de 2003 vidait quelque peu de sa portée - elle devrait éviter que le demandeur se trouve placé dans une impasse procédurale. En effet, si l'hypothèse nosocomiale est manifestement plus vraisemblable, l'action dirigée contre l'hôpital doit pouvoir prospérer.

Didier Tabuteau

*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes
Président de la table ronde*

Merci. Est-ce que Mireille Bacache-Gibeili veut réagir sur cette intervention, ou d'autres autour de la table ?

Mireille Bacache-Gibeili

Professeur de droit à l'université Paris V - René Descartes

On constate qu'en dépit de l'objectif de la loi du 4 mars 2002 qui était d'unifier les jurisprudences judiciaires et administratives, des divergences subsistent tenant à l'application des présomptions de causalité.

C'est vrai aussi que les divergences relatives à l'application de l'article 102 de la loi, donc en cas de contamination par transfusion sanguine, sont amenées à disparaître, en raison de l'unification du contentieux depuis l'ordonnance de 2005⁵⁰. Désormais, c'est la jurisprudence du Conseil d'État qui certainement l'emportera.

En revanche, je voudrais dire quelques mots sur la divergence relative à l'application des présomptions de fait, dans le contentieux relatif au vaccin contre l'hépatite B.

S'agissant de l'application des présomptions du fait de l'homme, la Cour de cassation depuis 2008⁵¹, permet à la victime de rapporter cette preuve. Simplement, la Cour de cassation n'accepte pas de contrôler la qualification du lien de causalité et renvoie au pouvoir souverain du juge du fond ce qui, dans certaines espèces, aboutit à des solutions contradictoires dans des situations de fait relativement proches.

Le Conseil d'État, lui, accepte de contrôler la qualification du lien causal et donne des indices précis qui permettent d'estimer que ce lien est ou non rapporté, notamment le bref délai qui sépare les premiers symptômes de la maladie de la vaccination et l'absence d'antécédents personnels ou familiaux.

Ces divergences sont regrettables. Il convient de plaider en faveur d'un rapprochement des jurisprudences, étant rappelé que le contrôle de la qualification relève des pouvoirs de la Cour de cassation, la causalité étant une notion de droit. Techniquement, il n'y a pas d'obstacle à ce que la Cour de cassation, avec ses pouvoirs, accepte de contrôler la qualification du lien de causalité dans ces espèces-là.

50 Ordonnance n° 2005-1087 du 1^{er} septembre 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine.

51 V. arrêts précités.

Je donne maintenant la parole à Jean-Dominique Sarcelet pour aborder la séquence consacrée à la perte de chance, qui a été évoquée en ouverture et qui mérite des développements plus approfondis.

Jean-Dominique Sarcelet

Avocat général à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Esmein écrivait en 1964, rappelant la citation d'un auteur américain, que l'abondance de la littérature sur le lien de causalité « *ne fait qu'ajouter de la fumée au brouillard* ». Vouloir faire une place à la théorie de la perte de chance dans ce débat, c'est prendre le risque d'ajouter de la confusion à la confusion, en calquant les caractères direct et certain de la cause sur une perte de chance que l'on veut certaine et en relation directe avec la faute retenue. La complexité de la question de causalité oblige à rechercher aux deux extrémités du lien causal des instruments permettant de le consolider ou, pour suivre la métaphore, les cordes nécessaires pour assurer des épissures solides avec, à une extrémité, la faute et, à l'autre, le dommage.

Du côté de la faute, nous venons de le voir, les présomptions permettent d'alléger le fardeau de la preuve, partant elles soulagent également la preuve du lien causal. Du côté du dommage, la perte de chance permet de porter un autre regard sur la réparation, ce qui a aussi pour conséquence de modifier la nature du lien causal avec une faute ou un manquement dont il est acquis qu'ils ne sont pas la source unique de l'entier dommage.

En cela la théorie de la perte de chance trouve sa place dans l'examen de la causalité. Le droit de la responsabilité médicale lui réserve une place particulière, parce qu'il est plus que d'autres exposé à la multiplicité des causes et que l'équivalence des conditions, dont Mme le professeur Bacache vous parlait toute à l'heure, n'y suffit pas. L'état antérieur du patient, la chaîne d'intervention des professionnels de santé, l'aléa thérapeutique ou l'incertitude scientifique, sont autant de facteurs qui peuvent affecter le lien de causalité entre une faute et l'intégralité du dommage subi.

En rejetant, en 1985⁵², le moyen du pourvoi qui soutenait que la notion de perte de chance ne pouvait intervenir que dans l'évaluation du préjudice et non pour retenir la responsabilité partielle d'un médecin ayant pratiqué une cobaltothérapie inadéquate dans la réalisation du risque de descellement d'une prothèse, la Cour de cassation a admis la relation de causalité entre la faute commise et la perte de chance invoquée.

Au demeurant cette perte de chance était retenue comme préjudice autonome depuis 1970⁵³, et comme fondement de la responsabilité depuis 1978⁵⁴. Comme

52 Cass., 1^{ère} Civ., 8 janvier 1985, pourvoi n° 83-14852, Bull. n° 10.

53 Cass., 1^{ère} Civ., 27 janvier 1970, pourvoi n° 68-12782, Bull. n° 37.

54 Cass., 1^{ère} Civ., 2 mai 1978, pourvoi n° 76-14246, Bull. n° 167.

l'a souligné le rapport annuel de la Cour de cassation de 2007, la théorie de la perte de chance en matière de faute médicale repose sur une dialectique opposant incertitude et certitude avec le souci de les concilier. Une incertitude qui tient au fait qu'il ne peut être certain que si la faute n'avait pas été commise, la guérison, ou au moins une amélioration de l'état du patient, aurait pu être obtenue. Une certitude qui tient au fait que si la faute n'avait pas été commise, le malade avait des chances de guérison ou d'amélioration et que la faute l'a privé de cette chance.

Cette dialectique ne dissout pas le lien de causalité, l'existence de la perte de chance devant être certaine « *et en relation directe avec la faute retenue* ». C'est la nature du dommage, mesuré à la seule chance perdue, qui impose une approche plus nuancée du fait causal. Ainsi, au-delà des incertitude et certitude qui pèsent sur la guérison, il demeure l'obligation de prouver l'existence d'un lien de causalité avec un dommage réduit à la seule chance perdue dont il est demandé réparation.

Sur le fondement de cette construction, voyons le champ ouvert par la théorie de la perte de chance en matière de faute médicale, au travers de la jurisprudence la plus récente. Dès lors que la réparation sollicitée ne concerne plus l'entier dommage mais une perte de chance, la faute causale n'est pas exclusive, même si elle est la seule identifiée. La théorie de la perte de chance représente ainsi la prise en compte d'une loi aléatoire, sous-jacente de la loi causale, pour reprendre l'analyse de Jacques Boret. Mais elle n'est pas non plus exclusive d'autres incertitudes et d'aléas, à commencer par l'incertitude scientifique. Dans un arrêt du 28 janvier 2010, la 1^{ère} chambre a retenu qu'il importe peu que l'origine première du dommage, résultant d'un polyhandicap sévère lié à des atteintes neurologiques constatées à la naissance, soit affectée d'un degré d'incertitude, le retard de diagnostic d'une souffrance fœtale et les fautes commises lors de l'accouchement étant, au moins pour partie, à l'origine du dommage et leurs auteurs étant à juste titre responsables *in solidum* de la perte de chance subie par l'enfant de voir limiter son infirmité cérébrale⁵⁵.

De façon plus nette encore, il a été admis que la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie, ni l'indétermination de la cause du syndrome de détresse respiratoire aiguë ayant entraîné le décès n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise qui avait eu pour effet de retarder la prise en charge de la patiente et la perte d'une chance de survie pour cette dernière.

Cet arrêt de la 1^{ère} chambre civile en date du 14 octobre 2000⁵⁶ a donné lieu à beaucoup d'articles de doctrine, sous le titre notamment de la grippe maligne. L'aléa médical n'est donc pas non plus exclusif d'une responsabilité engagée sur le fondement de la théorie de la perte de chance. Par ailleurs, si une faute distincte est constatée, la réparation doit être assurée distinctement sur chacun des fondements établis. Ainsi le préjudice découlant de façon directe, certaine et exclusive d'une intervention chirurgicale mutilante ouvre droit à réparation

55 Cass., 1^{re} Civ., 28 janvier 2010, pourvois n° 08-20755, 08-21692, Bull. n° 19.

56 Cass., 1^{re} Civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69195, Bull. n° 2000.



distinctement de l'indemnisation des dommages subis au titre de la perte de chance d'éviter l'opération chirurgicale en raison de la violation par le médecin de son devoir d'information⁵⁷. Nous verrons dans un instant que le préjudice né de la violation du devoir d'information, d'ailleurs, n'est plus mesuré à la chance perdue.

La réparation de la perte de chance peut également être partagée entre plusieurs intervenants. Ainsi en est-il du personnel de la clinique et de l'accoucheur dont l'ensemble des fautes commises a fait perdre à l'enfant des chances certaines d'échapper à la constitution ou à l'aggravation des lésions cérébrales, peu important une incertitude sur l'origine de la pathologie. Cet arrêt a déjà été évoqué ce matin⁵⁸.

Mais le même arrêt apporte une limite au champ de la théorie de la perte de chance, la sage-femme, employée de la clinique ayant été condamnée pénalement pour les mêmes faits du chef de blessures involontaires. La sage-femme, condamnée pour avoir été à l'origine des atteintes corporelles constitutives de l'entier dommage, ne pouvait voir sa responsabilité engagée sur le fondement de la même faute en réparation d'un dommage limité à une perte de chance. C'est l'identité de faute qui oblige à prendre en compte l'autorité de chose jugée en retenant sa responsabilité pour l'entier dommage subi par l'enfant.

Il en va différemment de la décision de relaxe concernant l'accoucheur dans la même affaire, qui ne fait pas obstacle à ce que sa responsabilité pour perte de chance soit engagée, la faute pénale n'étant pas forcément la cause exclusive du dommage. Ainsi l'autorité de la chose jugée se révèle asymétrique, puisque la décision de relaxe concernant l'accoucheur ne fait pas obstacle à ce que sa responsabilité pour perte de chance soit recherchée, cependant que la condamnation pénale de la sage-femme pour des faits à l'origine de l'entier dommage est exclusive d'une responsabilité pour perte de chance.

La distinction opérée entre la faute causale de l'entier préjudice et la faute causale d'une perte de chance a principalement trouvé à s'exprimer au regard des manquements au devoir d'information ou des retards de diagnostic ou de prise en charge, sur le fondement de ce que René Savatier appelait la « *reconstruction rétrospective du passé* ».

À cette distinction pouvait faire écho celle opérée par l'article L. 1142-1 du code de la santé publique entre, d'une part, les dommages résultant d'une faute ou d'infections nosocomiales et, d'autre part, ceux donnant droit à réparation au titre de la solidarité nationale.

Revenons sur un arrêt évoqué ce matin par Frédérique Dreifuss-Netter. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait ainsi retenu que le manquement d'un chirurgien à son devoir d'information ayant fait perdre au patient, opéré d'une hernie discale et présentant une paraplégie, une chance de refuser l'acte médical et d'échapper au risque qui s'est réalisé, constituait une faute laissant à la charge du praticien l'indemnisation, l'ONIAM devant être mis hors de cause dès lors que l'obligation

57 Cass., 1^{er} Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 09-10992, Bull. n° 20.

58 Cass., 1^{er} Civ., 17 février 2011, pourvois n° 10-10449 et 10-10670, Bull. n° 29.



d'indemnisation au titre de la solidarité nationale n'est que subsidiaire. Cette décision est cassée au visa des articles L. 1142-1 et L. 1142-18 du code de la santé publique, les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif, ne pouvant être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale⁵⁹. Ainsi, la perte de chance apparaît-elle comme un préjudice spécifique exclu du champ de la réparation au titre de la solidarité nationale et entrant dans celui de la responsabilité engagée des professionnels de santé.

Un arrêt du 6 octobre dernier⁶⁰, concernant la condamnation *in solidum* du praticien et de son assureur au paiement de pénalités dans le cadre de l'action subrogatoire de l'ONIAM, confirme cette analyse en présence d'une faute de surveillance ayant entraîné une perte de chance d'éviter des complications.

Reste la question du manquement au devoir d'information, constitutif d'un préjudice de perte de chance. Ne doit-il être envisagé que sous l'angle du risque réalisé, c'est-à-dire une atteinte à l'intégrité corporelle du patient ? C'est ce que la 1^{ère} chambre avait retenu en 2007⁶¹, après avoir admis que la perte de chance causée par ce manquement au devoir d'information constituait un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'intervention médicale⁶².

Mais sur le fondement de la responsabilité contractuelle des professionnels de santé, on peine à admettre qu'un accident non fautif puisse justifier la réparation d'un préjudice de perte de chance, sauf à reconnaître que le droit à l'information du malade soit autonome, constituant une partie intégrante des droits de la personnalité.

C'est le sens de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain⁶³, à laquelle fait écho l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, et c'est ce que la 1^{ère} chambre a admis. Les juges du fond avaient constaté l'absence d'alternative à une adénomectomie prostatique pour refuser de retenir une perte de chance liée au manquement à l'obligation d'information sur les risques de trouble érectile. Dans un arrêt du 3 juin 2010, la 1^{ère} chambre casse cette décision au visa des articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil, puisque nous sommes avant 2001, le non-respect du devoir d'information causant à celui auquel l'information est légalement due un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation⁶⁴. Depuis, en présence d'un manquement à l'obligation d'information sur le risque de sténose urétrale, la même solution a été retenue⁶⁵.

En affranchissant le défaut d'information de la réparation du préjudice de perte de chance, la Cour de cassation s'éloigne du risque dénoncé d'une analyse à rebours du rapport bénéfice-risque pour réparer un préjudice spécifique qui n'est pas sans lien avec le préjudice moral d'impréparation.

59 Cass., 1^{re} Civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 9-11270, Bull. n° 63.

60 Cass., 1^{re} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.212, inédit au Bull.

61 Cass., 1^{re} Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19301, Bull. n° 380.

62 Cass., 1^{re} Civ., 7 février 1990, pourvoi n° 88-141797, Bull. n° 39.

63 Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

64 Cass., 1^{re} Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13591, Bull. n° 128.

65 Cass., 1^{re} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-21241, Inédit au Bull.



Didier Tabuteau

*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes
Président de la table ronde*

Merci pour ces éléments très concis et précis. Maître Le Prado, une réaction, un complément ?

Didier Le Prado

Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Oui, je souhaiterais apporter un complément, M. le président. Nous avons vu que le lien de causalité devait être direct et certain. Mais, précisément, l'incertitude est bien souvent présente en matière médicale, le président Houssin nous l'a bien rappelé, le professeur Bacache aussi, d'où le recours à cette notion de perte de chance que vient de nous exposer M. l'avocat général Sarcelet.

La Cour de cassation, il nous l'a dit, l'applique depuis 1965, le Conseil d'État depuis 1964. Mais je voudrais vous dire en complément quelques mots sur l'évolution que cette notion a connu dans la jurisprudence du Conseil d'État.

Pour la Cour de cassation, la perte de chance a toujours constitué un préjudice spécifique, correspondant à une fraction de l'entier préjudice, préjudice spécifique causalement lié à la faute reprochée à la clinique, reprochée au médecin.

Pour le Conseil d'État, jusqu'en 2007, la perte de chance était une notion destinée à aider les victimes à apporter la preuve du lien de causalité qui doit exister entre la faute de l'hôpital et l'entier préjudice. Si la chance perdue était sérieuse, la victime obtenait la réparation de tout son préjudice. Si la chance perdue existait mais n'était pas suffisamment sérieuse, la victime n'obtenait aucune indemnisation. C'était la logique du tout ou rien.

Depuis un arrêt *Centre hospitalier de Vienne* du 21 décembre 2007⁶⁶ qui a fait suite à un premier arrêt du 5 janvier 2000 en matière de défaut d'information des risques que vient d'aborder M. l'avocat général Sarcelet, le Conseil d'État considère désormais, comme la Cour de cassation, que la perte de chance constitue un préjudice distinct qui correspond à une fraction de l'entier préjudice de la victime.

Ceci permet au juge, administratif comme judiciaire, d'avoir une approche plus fine du préjudice de la victime : si la chance perdue est faible, la victime sera indemnisée à hauteur de cette faible chance perdue. Cette approche est d'autant plus fine que le juge peut parfaitement admettre l'existence de plusieurs causes, comme nous l'avons déjà vu. Le juge peut affiner davantage son raisonnement, notamment lorsque la perte de chance n'est à l'origine que d'une aggravation du préjudice : il applique alors deux fois le fractionnement.

La jurisprudence du Conseil d'État, comme celle de la Cour de cassation, permet donc aujourd'hui, de mon point de vue, de suivre de beaucoup plus près la situation de la victime, du patient, de coller à cette situation, dans l'intérêt me semble-t-il, tant de la victime que du payeur, que ce soit l'hôpital, la clinique, le médecin ou l'ONIAM.

66 CE, 21 décembre 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, n° 289328, Rec. p. 546.

Didier Tabuteau
*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes*
Président de la table ronde

Après avoir abordé la pluralité de causes, que l'on a vue sous différents angles, attachons nous à la pluralité des auteurs et à la question du partage de responsabilité. Mme Bacache, pouvez vous intervenir sur ce point ?

Mireille Bacache-Gibeili
Professeur de droit à l'université Paris V - René Descartes

Concernant la question de la pluralité de responsables, on vient d'observer que la prise en charge du patient nécessite souvent l'intervention successive ou combinée de plusieurs professionnels de santé, qu'il s'agisse de médecins, de sages-femmes, d'établissements de soins, de producteurs de médicaments ou de pharmaciens. La victime peut alors se trouver face à plusieurs responsables dont il convient de déterminer la part respective dans la réalisation du dommage.

Pour appréhender cette difficulté, il suffit d'appliquer les principes de droit commun de la responsabilité civile, à savoir la jurisprudence qui distingue, d'une part, la question de l'obligation à la dette de réparation vis-à-vis de la victime et, d'autre part, la question de la contribution à la dette entre coauteurs. L'obligation dite *in solidum* permet à la victime de réclamer à un coauteurs quelconque la réparation intégrale de ces préjudices. En revanche, dans les rapports entre les coauteurs, le partage se fait en principe selon la gravité des fautes respectives, ou alors par parts égales en cas de responsabilité sans faute.

En application de ces principes de droit commun, tous les professionnels de santé dont la responsabilité peut être engagée à l'égard de la victime sont tenus *in solidum*, en ce sens qu'il doivent réparer l'entier dommage quels que soient leur part dans la production de celui-ci, la nature ou le fondement de la responsabilité encourue.

Nous en verrons quelques exemples avant d'examiner des difficultés d'application spécifiques au domaine de la santé. À titre d'illustration, on peut citer un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 14 octobre 2010⁶⁷ dont on a parlé ce matin, qui avait retenu la responsabilité *in solidum* d'un médecin et d'un pharmacien à la suite de dommages subis par un nourrisson par intoxication médicamenteuse due à un surdosage.

On peut également citer un arrêt plus ancien de la 1^{ère} chambre civile du 24 janvier 2006⁶⁸, relatif à l'isoméride, et qui avait admis la possibilité de condamner *in solidum* le fabricant du médicament et le médecin du travail qui l'avait prescrit en contrevenant à ses obligations découlant d'un service de médecine préventive. L'obligation *in solidum* la plus fréquente dans le domaine de la santé concerne celle qui existe entre des médecins qui exercent à titre libéral et les cliniques dans lesquelles ils interviennent.

67 Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69195, Bull. n° 200.

68 Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-16648, Bull. n° 35.

La raison en est que les établissements de soins peuvent être responsables à un double titre. La clinique est responsable du fait de ses préposés exerçant dans les limites de leur mission. L'hypothèse peut être illustrée par un arrêt du 28 janvier 2010⁶⁹, qui a été cité tout à l'heure, et avait retenu la responsabilité *in solidum* des médecins obstétriciens et de la clinique du fait de la sage-femme préposée qui a procédé à l'accouchement. Ensuite la clinique est également responsable de son fait personnel. Elle doit notamment assurer l'organisation des soins et mettre à la disposition des patients un personnel qualifié. À ce titre, on peut citer un arrêt en date du 11 juin 2009⁷⁰ qui a retenu la responsabilité *in solidum* de la clinique et du médecin, la faute de la clinique ayant consisté à ne pas s'assurer de la compétence du médecin, médecin généraliste, qui avait néanmoins pratiqué sans qualification une opération de chirurgie esthétique.

Quelles sont à présent les difficultés d'application ? Il convient avant tout de noter que l'ONIAM n'est pas au sens juridique du terme un coresponsable du dommage, même lorsqu'il supporte une part de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale. Il résulte selon un avis du Conseil d'État du 22 janvier 2010⁷¹ que les tiers payeurs ne disposent pas de recours subrogatoire à son encontre, mais également et nécessairement que l'ONIAM n'est pas concerné par l'obligation *in solidum*, puisqu'il n'est pas coresponsable du dommage. Par conséquent, lorsqu'il est amené à payer le complément qui n'est pas pris en charge au titre de la perte de chance, il ne peut être tenu *in solidum* de l'entier dommage, il ne doit à la victime que le seul complément, c'est-à-dire la différence entre le dommage corporel et la perte de chance.

Ceci étant précisé, deux difficultés peuvent être relevées. Tout d'abord l'application de l'obligation *in solidum* peut se révéler difficile dans l'hypothèse particulière où l'un des professionnels de santé est tenu de réparer l'entier dommage, alors que l'autre n'est tenu de réparer que la perte de chance de l'éviter.

Si l'on se réfère à la définition de l'obligation de réparation *in solidum*, celle-ci ne peut jouer que si les deux responsables ont causé le même dommage. Or la perte de chance est juridiquement un dommage distinct du dommage corporel. La jurisprudence ne cesse de le répéter et l'a encore récemment rappelé pour justifier justement, le complément d'indemnisation mis à la charge de l'ONIAM.

Cependant, il faut bien admettre que cette autonomie des deux préjudices n'est qu'une fiction dégagée dans l'intérêt d'une meilleure indemnisation des victimes, qui ne doit précisément pas se retourner contre elles. Elle présente nécessairement des limites dans la mesure où le préjudice de perte de chance est largement dépendant du dommage corporel puisqu'il est évalué en fonction du dommage corporel.

Cette dépendance permet de faire jouer l'obligation *in solidum* entre le responsable de l'entier dommage corporel et le responsable de la perte de chance de l'éviter à hauteur du préjudice le moins élevé, c'est-à-dire à hauteur de la perte de chance.

69 Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvois n° 08-20755 et 08-21692, Bull. n° 19.

70 Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-10642, inédit au Bull.

71 CE, avis, 22 janvier 2010, n° 332716, Req. p. 3.



C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt du 17 février 2011 de la 1^{ère} chambre civile⁷².

La seconde difficulté de l'obligation *in solidum* concerne les recours entre coresponsables présumés, et notamment entre les deux fabricants du Distilbène qui sont condamnés *in solidum* à l'égard de la victime. Comment s'organise alors le recours entre ces deux fabricants ? En application du droit commun, il conviendrait d'opérer un partage par parts égales, puisque les deux responsables sont tenus sur le même fondement, soit le fondement de la faute, soit le fondement du défaut du produit.

Pendant, comme on a pu le relever, il est difficile ici d'appliquer les règles de partage du droit commun parce que, précisément, on n'est pas en présence de coauteurs. Seul l'un des fabricants a mis en circulation le produit à l'origine du dommage, mais on ne sait pas lequel. On a alors pu avancer une autre piste qui tient au partage du marché à l'époque des faits entre les deux laboratoires. Mais pour cela, il faut attendre la réponse de la jurisprudence.

Didier Tabuteau

*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes
Président de la table ronde*

Didier Chauvaux, un complément pour la jurisprudence administrative ?

Didier Chauvaux

Assesseur à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux

Devant la juridiction administrative, les choses se présentent un peu différemment.

D'une part, les actions indemnitaires ne peuvent être dirigées que contre des collectivités publiques. Le juge se prononce sur la responsabilité de l'hôpital, au titre de fautes commises par les médecins ou de fautes dans l'organisation ou le fonctionnement du service. Il n'a jamais à connaître de conclusions visant les médecins à titre personnel.

D'autre part, depuis 1951, la jurisprudence est en ce sens que le fait du tiers est exonératoire dans le cadre de la responsabilité pour faute⁷³. Par suite, s'il estime que le dommage corporel est dû à la fois à une faute de l'hôpital poursuivi et à une faute d'un tiers, qu'il s'agisse d'un autre établissement public ou d'une personne privée, le juge ne condamne l'hôpital qu'à une réparation partielle.

Il y a là une source de difficulté pour la victime. Pour obtenir une réparation intégrale, elle doit exercer deux actions, l'une contre l'hôpital, l'autre contre le tiers qui a concouru au dommage. Afin d'atténuer cette difficulté, la jurisprudence admet parfois une obligation solidaire de tous les coauteurs.

⁷² Cass., 1^{ère} civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-10449, Bull. n° 29.

⁷³ CE, 11 mai 1951, *Dame Pierret*, Rec. p. 259.

C'est le cas lorsque ces coauteurs sont des services publics agissant en étroite collaboration. Cette exception avait joué dans le contentieux de la contamination transfusionnelle par le VIH où la jurisprudence n'avait pas permis à l'État d'invoquer les fautes commises par les centres de transfusion pour s'exonérer des fautes qu'il avait lui-même commises dans l'organisation et le contrôle de la transfusion. Un arrêt du 18 février 2010 a retenu la même logique lorsque plusieurs hôpitaux collaborent dans la prise en charge des urgences médicales : si une faute a été commise dans cette prise en charge, la victime peut obtenir une réparation intégrale auprès de l'un de ces établissements, à charge pour lui se retourner contre les autres⁷⁴.

Il faut aussi envisager le cas où deux ou plusieurs personnes agissant indépendamment l'une de l'autre ont chacune commis une faute qui portait normalement en elle l'intégralité du dommage qui s'est ensuite produit. Ces personnes sont alors tenues d'une obligation solidaire. Le Conseil d'État a été confronté à une telle situation dans une affaire où un étudiant en médecine avait subi un examen de médecine préventive à l'Université, puis quelques années après un examen d'aptitude dans l'hôpital qui le recrutait. Par suite de négligences fautives, les signes d'une tuberculose débutante n'avaient été décelés ni lors du premier examen, ni lors du second. L'intéressé, qui avait ultérieurement développé la maladie, s'est vu reconnaître le droit d'obtenir soit de l'Université, soit de l'hôpital, soit des deux solidairement réparation du préjudice ayant consisté dans la perte d'une chance de l'éviter⁷⁵.

On peut par ailleurs signaler une solution en matière de contamination transfusionnelle. La responsabilité des fournisseurs de produits sanguins est une responsabilité sans faute si bien que le fait du tiers n'est pas exonératoire. La responsabilité suppose toutefois que l'imputabilité du dommage aux produits transfusés soit établie, au besoin par un faisceau de présomptions.

Mais un patient peut avoir reçu des produits livrés par plusieurs fournisseurs. S'il est suffisamment établi que la contamination est due aux transfusions, chacun des fournisseurs est tenu solidairement avec les autres à la réparation de l'entier dommage, à moins qu'il n'apporte la preuve de l'innocuité des produits qu'il a livrés.

Cette solution a été retenue par un arrêt du Conseil d'État du 15 janvier 2001⁷⁶. Elle a perdu son intérêt pratique puisque l'Établissement français du sang a aujourd'hui le monopole de la transfusion et qu'il a hérité des obligations des anciens centres de transfusion. Mais la même approche pourrait être retenue en cas de maladie nosocomiale, quand le patient a été pris en charge par plusieurs établissements et qu'il n'est pas possible de déterminer celui où la contamination a eu lieu. La 1^{ère} chambre civile a pris position en ce sens dans un arrêt du 17 juin 2010⁷⁷. Il n'est pas exclu que le Conseil d'État en fasse de même à l'avenir.

74 CE, 18 fév. 2010, *Cts Aujollet*, n° 318891, inédit au Rec. La solution est justifiée par la collaboration étroite existant entre le service d'aide médicale urgente (SAMU), les services mobiles d'urgence et de réanimation (SMUR) et les services d'accueil et de traitement des urgences (SATU).

75 CE, 2 juillet 2010, *Madranges*, n° 323890, Rec. p. 236.

76 CE, 15 janvier 2001, *AP-HP*, n° 208958, Rec. p. 15.

77 Cass., 1^{ère} Civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-67011, Bull. n° 137.



Didier Tabuteau

*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes
Président de la table ronde*

La transition est toute trouvée pour la dernière question que nous avons à évoquer dans ce tour de table, qui est la question des infections nosocomiales et de la cause étrangère. Maître Didier Le Prado ?

Didier Le Prado

Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

La septième table ronde abordera également ce thème des infections nosocomiales. Mes propos seront donc peut-être l'introduction de cette table ronde qui sera présidée par la présidente Christine Maugüé.

Alors que nous célébrons les dix ans de la loi du 4 mars 2002, je commencerai par un rapide retour en arrière. Je vous dirai en effet quelques mots du régime d'indemnisation des infections nosocomiales avant la loi du 4 mars, car ceci n'est pas inutile pour comprendre la question de la causalité dans le régime actuel.

Le Conseil d'État a mis en place un système de présomption de faute : en cas d'infection nosocomiale, la faute de l'hôpital était présumée ; c'est la jurisprudence *Cohen* du Conseil d'État du 9 décembre 1988⁷⁸. Mais ce régime de présomption de faute était réservé aux infections exogènes : si une infection était due à un germe présent dans l'organisme de la victime, par exemple un germe commensal de la peau, il n'y avait pas de présomption de faute, même si l'acte médical avait facilité la transformation ou l'introduction du germe. C'est ce qui résultait de deux arrêts du Conseil d'État du 27 septembre 2002 *Neveu* et du 25 octobre 2006 *CH de Brest*⁷⁹.

La Cour de cassation, quant à elle, avant la loi du 4 mars, faisait peser on nous l'a dit une obligation de sécurité-résultat, tant sur la clinique que sur le médecin, dont l'un comme l'autre ne pouvaient se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. Ce sont des arrêts fondateurs du 29 juin 1999 pour une clinique et du 29 juin 1999 pour un médecin⁸⁰.

La loi du 4 mars 2002 a fort opportunément harmonisé ce régime, l'art. L. 1142-1 I du code de la santé publique disposant que « *les établissements, services et organismes (...) sont responsables des dommages résultant de l'infection nosocomiale, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ». S'agissant des établissements de santé, clinique ou hôpital, la loi nouvelle a donc consacré la solution de la Cour de cassation. S'agissant du médecin en revanche, la victime doit rapporter la preuve de sa faute. L'hôpital ou la clinique ne pourront s'exonérer de leur responsabilité que par la preuve d'une cause étrangère.

78 CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, n° 65088, Rec. p.431.

79 CE, 27 septembre 2002, *Mme N.*, n° 211370, Rec. p. 315 ; CE, 25 octobre 2006, *CH de Brest*, n° 275700, inédit au Rec.

80 Cass., 29 juin 1999, pourvois n° 97-14254 et 97-15818, Bull. n° 220 et 222.

J'ajouterai, mais cela ne change rien, qu'au-delà d'un certain seuil, c'est l'ONIAM qui prend en charge la réparation. On retrouve là notre débat sur la causalité. Toute infection qualifiée de nosocomiale doit-elle entraîner réparation, quelle que soit la cause de l'infection ? Quelle est cette cause étrangère qui permet à l'établissement d'échapper à la réparation ?

Les définitions de l'infection nosocomiale sont à vocation épidémiologique. Le conseil supérieur d'hygiène publique en France, dans ses 100 recommandations pour la prévention des infections nosocomiales, l'a défini comme une infection qui était absente à l'admission à l'hôpital.

On trouve aussi une autre définition dans le code de la santé publique issue du décret du 12 novembre 2010 relative à la lutte contre les infections indésirables⁸¹ qui dispose désormais que « *les infections associées aux soins contractés dans un établissement de santé sont dites infections nosocomiales* ». Mais ce terme d'infection nosocomiale recouvre en fait des réalités très différentes. Le germe peut être présent dans l'organisme avant l'hospitalisation qui n'a été qu'à l'origine de son développement ou de sa migration ou, deuxième cas de figure, le gène peut avoir été contracté à l'occasion de l'hospitalisation.

La Cour de cassation applique cette obligation de sécurité-résultat, tant aux infections d'origine endogène que d'origine exogène : tel est le sens des arrêts du 4 avril 2006 et du 14 juin 2007⁸².

Le Conseil d'État, n'avait pas pris position, jusqu'à un arrêt *Centre hospitalier universitaire d'Angers* du 10 octobre dernier⁸³, par lequel il abandonne sa distinction entre les infections endogènes et exogènes. Quelle que soit la cause de l'infection, l'établissement doit donc en être déclaré responsable et ne pourra s'exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. En théorie, il doit s'agir d'un événement extérieur présentant un caractère d'imprévisibilité et d'irrésistibilité.

La Cour de cassation a appliqué cette notion de façon très stricte : un risque connu de complication lié à l'intervention ne suffit pas à caractériser une cause⁸⁴, une faute commise antérieurement ayant rendu nécessaire l'intervention à l'origine de l'infection ne constitue pas non plus une cause étrangère⁸⁵ même si, dans ce même arrêt, la Cour de cassation ménage une petite ouverture par l'hypothèse dans laquelle l'infection nosocomiale serait inévitable et pourrait constituer une cause étrangère.

On pouvait se demander si le Conseil d'État adopterait une solution aussi stricte que la Cour de cassation. Il semble que ce soit le cas puisque par l'arrêt *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, il a d'abord abandonné la distinction qu'il faisait antérieurement à la loi du 4 mars 2002 entre les infections endogènes et exogènes,

81 Décret n° 2010-1408 du 12 novembre 2010 relatif à la lutte contre les événements indésirables associés aux soins dans les établissements de santé.

82 Cass., 1^{ère} Civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17491, Bull. n° 191 ; Cass., 1^{ère} Civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-10812, Bull. n° 233.

83 CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, n° 328500, Rec. p. 458.

84 Cass., 1^{ère} civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-15979, Bull. n° 37.

85 Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-69151, Bull. n° 155.



mais il a surtout défini effectivement ce qu'était une cause étrangère. Le rapporteur public avait conclu qu'en matière d'infection nosocomiale, on ne pouvait pas exiger la preuve de l'imprévisibilité dès lors qu'une infection nosocomiale est malheureusement dans de nombreux cas prévisible, ajoutant que le critère d'irrésistibilité devait être apprécié avec souplesse. Mais le Conseil d'État ne l'a pas suivi et a retenu la responsabilité de l'hôpital : il a estimé que si l'expert avait relevé qu'il était très difficile de prévenir l'infection due à la pénétration d'un germe déjà présent dans le rhinopharynx de la patiente dans ses méninges, à l'occasion d'une intervention, il ne s'agissait pas pour autant d'une cause étrangère.

Voilà donc l'état actuel et concordant de la jurisprudence des deux ordres de juridictions. On peut se demander si cette jurisprudence, à la fois conforme à la loi mais aussi très stricte, ne peut pas soulever de difficultés dans l'hypothèse de certaines infections nosocomiales.

Je me référerai à cet égard au rapport d'information sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales présenté par M. Huet, que nous avons entendu lors de la première table ronde ce matin, à l'Assemblée nationale le 8 juillet 2009⁸⁶. M. le député Huet avait souligné, à l'époque, l'absence de définition légale des infections nosocomiales indemnifiables et le fait qu'une indemnisation systématique pouvait faire assumer aux établissements de santé un risque qu'ils ne peuvent pas maîtriser.

On peut se demander effectivement si un établissement de santé ne devrait pas seulement répondre des infections dont il n'a pu éviter la survenance. Or, dans un certain nombre de cas, la migration d'un germe infectieux ne peut pas véritablement être évitée. Bien souvent, la fragilité d'un patient, généralement liée à une pathologie préexistante, s'accompagne d'un déficit immunitaire ou de complications infectieuses ou encore de résistances aux antibiotiques. Il s'agit, et les médecins je pense le savent bien mieux que moi, de facteurs rendant quasiment inévitable la survenue d'infections nosocomiales et contre lesquelles les établissements de santé ne peuvent pas véritablement lutter.

La jurisprudence sera alors peut-être amenée à définir précisément la notion de causalité étrangère, affaire après affaire, avec plus de souplesse qu'elle n'en témoigne dans d'autres domaines, puisque l'infection nosocomiale est bien souvent prévisible et n'est guère évitable, en tout cas pour un certain nombre de traitements lourds.

Dès lors que la jurisprudence n'a pas souhaité distinguer les infections endogènes et exogènes, peut-être devra-t-elle apprécier la cause étrangère en faisant prévaloir la notion d'inévitabilité, qui était d'ailleurs reprise dans l'arrêt de la Cour de cassation que je citais tout à l'heure, dans la définition classique de la force majeure. Il faudra suivre pas à pas la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, pour être fixé sur cette question.

⁸⁶ Bull. Ass. Nat. n° 1810 p.29.



Didier Tabuteau
*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes*
Président de la table ronde

M. l'avocat général Sarcelet, vous voulez compléter ?

Jean-Dominique Sarcelet
Avocat général à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Je me vois bien en peine de venir compléter ces propos qui étaient ouverts sur l'avenir. Je ne peux dire quelle sera demain la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Ce que je constate, c'est que si le Conseil d'État a rejoint la position de la Cour de cassation au regard des infections endogènes, le Conseil d'État et la Cour de cassation ne répondent que partiellement à la proposition n° 9 de la mission d'information sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical, présidée par M. le député Huet.

La définition est certes unifiée entre les deux ordres de juridictions, mais l'infection irrésistible n'est pas nécessairement exclue. La petite ouverture qu'évoquait le président Le Prado tout à l'heure⁸⁷, abandonne le terrain de l'infection irrésistible pour celui d'une faute ayant rendu l'infection inévitable. C'est, me semble-t-il, l'enchaînement des causes qui me paraît évoqué avant la cause étrangère.

Mais plus précisément, je voudrais revenir sur la question de la causalité en matière d'infections nosocomiales pour souligner cette différence de régime instaurée par l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique dont nous avons déjà parlé ce matin, entre les établissements et les professionnels de santé.

Deux arrêts récents de la 1^{ère} chambre montrent que les enjeux d'une responsabilité de plein droit pour les uns, et pour faute en ce qui concerne les autres, peuvent être tempérés par l'appréciation souveraine des juges du fond, à laquelle, à la Cour de cassation, nous demeurons attachés.

Le premier est un arrêt du 28 janvier 2010⁸⁸ de cassation, la cour d'appel ayant mis à la charge du chirurgien la responsabilité de l'intégralité des conséquences de l'infection nosocomiale sans relever aucune faute de sa part à l'origine de cette infection. Il s'agit d'une solution classique.

Le second est un arrêt du 7 juillet 2011⁸⁹ de rejet sur le pourvoi principal où était discutée, sur le fondement de griefs disciplinaires, la contribution à la dette entre la clinique et le médecin, celui-ci ayant été condamné à garantir la clinique des indemnités mises à sa charge en suite des conséquences d'une infection nosocomiale. Écartant ces griefs non fondés, l'arrêt énonce que la cour d'appel a relevé que, parmi les causes possibles de l'infection nosocomiale, aucune ne

87 Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-69151, Bull. n° 155.

88 Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-20571, inédit au Bull.

89 Cass., 1^{ère} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-19766, Bull. n° 146.

concernait la clinique, ses locaux ou son personnel, et qu'elle en a déduit que le médecin, seul fautif, devait garantir la clinique des condamnations prononcées contre elle au titre de sa responsabilité de plein droit. Le régime de la responsabilité pour faute ne se révèle donc pas nécessairement plus favorable aux professionnels de santé. Il me semble qu'il vient surtout rendre plus difficile la preuve de la faute qui incombe à la victime.

Didier Tabuteau

*Conseiller d'État, co-directeur de l'institut droit et santé
de l'université Paris V - René Descartes
Président de la table ronde*

Merci. M. le professeur Houssin, voulez-vous réagir à l'ensemble de ces interventions ?

Didier Houssin

*Président de l'Agence d'évaluation de la recherche
et de l'enseignement supérieur (AERES)*

J'aurai trois réactions, la première pour dire toute l'importance de ces ponts entre santé et justice et, en l'occurrence, ce mariage entre les expériences du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Cela me paraît extrêmement instructif. La deuxième chose est que, derrière la complexité qui apparaît en matière de causalité, aussi bien du côté médical que du côté juridique, il y a malgré tout une compensation : c'est la claire volonté qui s'exprime dans l'idée qu'il faut essayer malgré tout de soigner le malade et sa maladie et l'indemniser de son dommage le mieux possible. Disons que la complexité est balancée par cette claire volonté des deux côtés. Le troisième élément, et là j'essaie de me placer du point de vue du patient et de la loi de 2002, est que le discours médical comme le discours juridique sont difficiles à comprendre pour les personnes concernées. Je me dis alors qu'il y aurait peut-être moyen de progresser grâce à la visualisation de ces questions de complexité et d'incertitude. Je pense à tous les progrès qui sont faits aujourd'hui en matière de visualisation, notamment interactive. Cela permettrait sans doute de mieux comprendre les présentations complexes qui ont été faites aujourd'hui.

Témoignages et échanges avec les participants

Jean-Louis Gallet, conseiller à la Cour de cassation - *Je voudrais revenir sur ce qu'a dit Mme le professeur Bacache en ce qui concerne l'opposition entre la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation en matière de vaccination, pour faire apparaître que la problématique semble se poser radicalement différemment. Devant le Conseil d'État, il s'agit certes de la responsabilité de l'État, mais dans un contexte de recherche de solidarité ou dans un contentieux qui relève finalement de la solidarité en matière de vaccination obligatoire. Il s'agit en réalité de démontrer le lien qui existait entre la vaccination et l'apparition de la maladie. Toute autre est la problématique devant la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, où nous avons un pur contentieux de la responsabilité du fabricant. Que faut-il démontrer à ce moment là, sous l'empire de la loi de 1998 ? Il faut démontrer le défaut, le dommage et le lien de causalité entre l'un et l'autre, ce qui est radicalement différent de ce que je viens d'évoquer devant le Conseil d'État. L'évolution de la jurisprudence de la 1^{ère} chambre a certes introduit les présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes pour apporter la preuve de ce défaut et de ce lien de causalité. Mais encore faut-il – et c'est là qu'est la difficulté en matière de sclérose en plaques – que l'étiologie de la maladie soit parfaitement connue, ou en tout cas soit susceptible d'être connue. Si tel n'est pas le cas, dans l'état actuel des choses, on voit mal comment pourrait être apportée la preuve de ce défaut et celle du lien de causalité entre le défaut et l'apparition de la maladie.*

Mireille Bacache-Gibeili •

La remarque vient du constat de l'espoir offert aux victimes, par les arrêts de mai 2008⁹⁰, d'être un jour indemnisées en rapportant la preuve. Il est largement déçu puisque seul un arrêt de la Cour de cassation avait estimé, en renvoyant au pouvoir souverain du juge du fond, que le lien de causalité était rapporté. En revanche, tous les autres arrêts n'ont pas permis jusqu'à présent aux victimes de rapporter cette preuve. C'est face à ce constat que j'en ai appelé au contrôle de la Cour de cassation pour plus de prévisibilité des solutions à l'égard des victimes et éviter des espoirs déçus.

Jean-Louis Gallet •

Dire que la Cour de cassation se met à contrôler les présomptions de fait, je crois que nous avons du souci à se faire.

Didier Tabuteau •

Merci, le débat est ouvert.

90 V. notamment Cass., 1^{ère} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-14952, Bull. n° 147 ; pourvoi n° 05-20.317, Bull. n° 148, et pourvoi n° 06-10.967, Bull. n° 149. La première chambre a rappelé « *que si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes* ».

Sylvia Mille •

Je reviens aux infections nosocomiales. La notion d'inévitabilité qui a été exposée me paraît, en tant que juge administratif, un peu mystérieuse et je me demandais en vous écoutant, Maître Le Prado, si cette notion d'inévitabilité n'était pas finalement un moyen de réintroduire la faute, dans un régime qui, on l'a dit, est un régime de présomption d'imputabilité.

Pourquoi ? Parce qu'une infection nosocomiale inévitable est une infection qui se produit alors que toutes les précautions ont été prises, qu'aucune faute n'a été commise : devrait-elle pour autant ne pas être indemnisée ? Je pense par exemple à la personne qui entre à l'hôpital pour se faire opérer d'une vésicule biliaire défectueuse et subit une intubation en vue d'une anesthésie générale. Chacun sait que dans le larynx et même dans la bouche cohabitent mille virus et microbes. L'intubation a pour effet de transmettre ces microbes dans les poumons. Elle se réveille, n'a plus de vésicule biliaire malade, mais a une pneumonie. C'est une infection nosocomiale inévitable. L'appareil était aseptisé, mais ce sont ses propres microbes qui ont migré, en raison d'une intervention. Il y a bien là un lien de causalité entre le séjour hospitalier et l'infection. Et, alors que le régime n'est pas un régime de faute, va-t-on dire : « parce que c'était inévitable, ce n'est pas indemnisable ». J'avoue que je ne comprends pas.

Didier Le Prado •

Ce n'est en effet pas sous l'angle de la faute mais de la causalité qu'il faut se placer. Je relève seulement les difficultés auxquelles certains services sont confrontés quand ils soignent des patients. Quand ces derniers ont besoin d'être placés en réanimation, c'est effectivement dans ces circonstances que surviennent des infections nosocomiales inévitables dont les hôpitaux comprennent mal qu'ils doivent en supporter la charge financière lorsque l'IPP est inférieure à 25 % et que l'ONIAM n'intervient pas.

Sylvia Mille •

C'est précisément pour cela que c'est la solidarité nationale qui intervient et non l'hôpital. C'est précisément parce que l'hôpital ne commet aucune faute. Dire alors que « c'est inévitable, donc ce n'est pas indemnisable » est paradoxal par rapport à l'idée qui a prévalu lors de l'adoption de la loi Kouchner qui était « on indemnise alors même que c'était inévitable, alors même qu'aucune faute n'a été commise ».

Didier Le Prado •

C'est exact. La difficulté est que - en tout cas dans la jurisprudence de la Cour de cassation- l'on n'a pas à ce jour d'arrêts qui aient défini positivement ce que pourrait être finalement cette fameuse cause étrangère qui est évoquée dans la loi du 4 mars 2002. J'essaie de trouver des pistes qui permettraient de retenir un jour dans la jurisprudence ce que pourrait être une cause étrangère au sens de la loi du 4 mars 2002. Il n'y en a pas actuellement dans la jurisprudence judiciaire. Il y a des arrêts qui ont refusé de retenir l'existence d'une cause étrangère. C'est une simple interrogation. Je me dis que le législateur a prévu qu'il était possible pour



un établissement de s'exonérer de cette responsabilité de plein droit par la cause étrangère. Je me pose la question de savoir ce que peut être une cause étrangère en matière d'infection nosocomiale.

Sylvia Mille •

Est-ce que ce ne serait pas une cause qui n'a pas son origine dans le séjour hospitalier ou dans les soins, qui ne serait associée ni aux soins, ni au séjour ?

Didier Le Prado •

Peut-être. La Cour de cassation l'a écarté pour des fautes antérieures dans les arrêts que j'ai cités et qui ne sont pas très nombreux jusqu'à présent. La Cour de cassation l'a écarté pour un événement antérieur à la survenance de l'infection nosocomiale elle-même. Pourquoi pas.

Observation générale - *J'ai l'attendu de l'arrêt du 1^{er} juillet 2010⁹¹ : « Mais attendu que, le caractère nosocomial de l'infection étant établi, la circonstance qu'une faute, commise antérieurement, ait rendu nécessaire l'intervention au cours de laquelle celle-ci a été contractée, si elle est susceptible, le cas échéant, de faire retenir la responsabilité de son auteur à l'égard de la victime, ne saurait, dès lors qu'il n'est pas allégué qu'elle aurait rendu l'infection inévitable, constituer une cause étrangère, seule de nature à exonérer l'établissement des conséquences de la violation de son obligation de résultat ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé. » A mon sens, on est donc plutôt sur un problème qui aurait pu être posé au regard de l'enchaînement des causes, que sur une définition de la cause étrangère qui deviendrait l'infection inévitable.*

Didier Tabuteau •

Didier Chauvaux, vous voulez ajouter quelque chose ?

Didier Chauvaux •

J'ai souvenir d'un article de doctrine intitulé, il me semble, « *La cause étrangère, cause introuvable* ». Effectivement, on peut se poser la question. Les critères traditionnels de la cause étrangère sont ceux de la force majeure : la cause étrangère doit être à la fois extérieure au défendeur, imprévisible dans sa survenue et irrésistible dans ses effets.

La condition d'extériorité n'est pas remplie si la contamination est due aux soins. La condition d'imprévisibilité ne l'est pas si l'on a affaire à une complication connue. La condition d'irrésistibilité pourrait l'être dans certains cas, si rien ne permettait d'éviter ni de guérir l'infection. Mais cela ne suffit pas car les trois conditions sont cumulatives.

Alors si l'on maintient ces trois critères d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, effectivement, on peut légitimement se demander : y aura-t-il jamais une cause étrangère ? Je pense que ce n'est pas intellectuellement complètement

91 Cass., 1^{ère} Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-69151, Bull. n° 155.



impossible. Une infection nosocomiale est une infection qui, pour simplifier, a été contractée pendant un séjour à l'hôpital. Supposons que les proches de la victime lui aient rendu visite sans respecter des règles très strictes d'asepsie qui avaient été prescrites par les médecins, sans que rien ne permette de prévoir et par suite de prévenir ce comportement. Dans ce cas précis, je pense que l'hôpital pourrait prouver la cause étrangère. Ce sont les visiteurs du malade qui auraient causé sa contamination, en s'affranchissant de règles qui avaient été clairement posées par l'hôpital.

Donc la cause étrangère n'est sans doute pas absolument introuvable mais elle devrait demeurer exceptionnelle. Faut-il le regretter ? Je n'en suis pas certain. Il me semble que si l'on allait vers un assouplissement consistant à ne retenir que le critère de l'irrésistibilité, on courrait le risque de dénaturer le régime de responsabilité de plein droit qui a été voulu par le législateur.

Quelle est l'idée de la loi sur ce point ? On a affaire à un domaine dans lequel les hôpitaux peuvent faire quelque chose. Ils doivent progresser en matière d'asepsie de l'environnement hospitalier. Ils doivent aussi prendre des mesures pour prévenir l'autocontamination du patient par les germes dont il était déjà porteur. En même temps, on sait bien que, quoi qu'ils fassent, ils n'atteindront jamais le risque zéro. Mais le législateur a voulu qu'ils soient automatiquement responsables, dans l'idée que cette responsabilité contribuera à ce qu'ils mettent en œuvre le plus possible des moyens de prévention. Il a aussi estimé anormal du point de vue des patients que le dommage, causé par les soins, ne soit pas réparé.

C'est un régime rigoureux pour les hôpitaux, avec cette atténuation depuis la loi du 30 décembre 2002 que les dommages les plus graves sont pris en charge par la solidarité nationale. En ne retenant que le critère de l'irrésistibilité, on l'affaiblirait sensiblement. En fait, on finirait par se demander : « est-ce qu'on a fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement faire ? ». Et l'hôpital dirait : « voilà, il y a des instructions strictes données au personnel pour qu'il se lave les mains à chaque fois que, etc. et il y a des antibiothérapies dans certains cas pour éviter les autocontaminations, on a fait tout ce qui était raisonnablement possible, c'était en fait irrésistible et donc on a une cause étrangère, on n'est pas responsable ».

On aurait ainsi dérivé d'un régime de responsabilité de plein droit qui a de fortes justifications pour déboucher sur un régime de responsabilité pour faute dans lequel l'hôpital aurait la charge de prouver l'absence de faute. Un tel régime est concevable mais ce n'est pas celui que le législateur a mis en place en retenant comme unique motif d'exonération la cause étrangère, notion juridique bien définie et dont il ne pouvait ignorer le caractère restrictif.



Propos conclusifs

Didier Tabuteau

À travers ces débats complexes, assez techniques, on voit bien que le juge cherche à enserrer les méandres de la causalité médicale dans des cadres juridiques de droit commun, en les adaptant au mieux, en essayant de concilier souplesse et sécurité juridique, ce qui est extrêmement difficile.

D'une certaine manière, l'objectif poursuivi est de donner au droit l'effet protecteur le plus large possible pour la victime, dans des contentieux dont les éléments humains sont parmi les plus lourds de ceux que la personne humaine puisse supporter. Je crois également que le mérite de la jurisprudence et des textes de loi est d'essayer de répondre à ces attentes légitimes des victimes d'accidents médicaux.

Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire

L'existence d'un lien de causalité entre une faute liée à l'activité médicale, un accident médical, une infection nosocomiale ou encore le défaut d'un produit de santé et le dommage de la victime conditionne d'éventuelles responsabilités et une réparation au titre de la solidarité nationale.

Le lien de causalité peut être cependant difficile à établir, en particulier en présence de nombreux actes médicaux, de dommages multifactoriels, d'incertitudes sur l'évolution du patient en l'absence de faute, d'accident ou d'infection, ou encore en présence d'éléments sur lesquels il n'existe pas encore de consensus scientifique.

Les juridictions judiciaires et administratives et le législateur ont donc été amenés dans certains cas à aménager les règles de preuve du lien de causalité.

Il importe enfin, lorsque l'origine des dommages a pu être établie, de répartir, le cas échéant, les responsabilités et la charge de la réparation.

Seront donc successivement envisagées la nécessité du lien de causalité, la preuve du lien de causalité et la répartition des responsabilités et de la charge de la réparation.

I. La nécessité d'un lien de causalité

Le lien de causalité doit présenter certains caractères ; parfois il ne peut être établi avec le dommage lui-même mais seulement avec une perte de chance de l'éviter.

A. Les caractères du lien de causalité

Le lien de causalité doit être direct et certain. Il pose des questions spécifiques lorsque le dommage semble lié à une pluralité de causes.

1. Un lien direct et certain

La faute, l'accident médical, l'infection nosocomiale ou encore le défaut du produit de santé doivent être à l'origine du dommage ou avoir effectivement contribué à sa réalisation (Cass., 1^{ère} civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-19161, Bull. n° 187, et CE, 18 février 2010, *Consorts Ludwig*, n° 316774, inédit au Rec.).

Le lien de causalité est apprécié par les juridictions, les CRCI ou encore l'ONIAM dans le cadre des procédures amiables d'indemnisation.

Le Conseil d'État a retenu que si l'existence même du lien de causalité était appréciée souverainement par les juges du fond au vu des pièces soumises (ex : CE, 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz*, n° 117449, Rec. p. 250), l'appréciation du caractère direct du lien de causalité relevait de la qualification juridique des faits (CE, 26 novembre 1993, *SCI Les Jardins de Bibermus*, n° 108851, Rec. p. 327).

Si la Cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur les présomptions de l'homme, relevant du pouvoir souverain des juges du fond (ex : Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier

2010, pourvois n° 08-20755 et 08-21692, Bull. n° 185), elle est cependant amenée à exercer son contrôle sur le lien de causalité et sur son caractère direct (ex : Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-68471, Bull. n° 101).

2. La pluralité de causes

En présence d'un dommage paraissant résulter d'une pluralité de causes, il est possible de tenir compte de sa cause déterminante lorsqu'elle s'impose objectivement par rapport aux autres, comme étant liée à un fait ou un acte litigieux qui au moment où il s'est produit ou a été accompli, portait normalement en lui le dommage.

Il est aussi possible de faire appel, non plus à la causalité adéquate, mais à l'équivalence des conditions permettant de prendre en considération l'ensemble des causes sans lesquelles le dommage ne serait pas survenu. Il est cependant nécessaire qu'il n'y ait pas eu d'interruption de la chaîne causale par un fait ou un acte distinct constituant alors la cause déterminante du dommage.

Les causes du dommage doivent en effet pouvoir être circonscrites ; la proximité temporelle entre les causes et conséquences invoquées rendant plus aisée le suivi de l'enchaînement causal et l'établissement du lien de causalité.

A titre d'exemples, la Cour de cassation a jugé qu'il existait un lien de causalité entre :

- la maladresse commise par un chirurgien et le dommage subi par son patient lors d'une seconde intervention qui était nécessaire pour remédier aux conséquences de la première (Cass., 1^{ère} civ., 13 mai 1998, pourvoi n° 96-22920, Bull. n° 174).

- les fautes commises par un médecin gynécologue ayant consisté à exposer sa patiente à des risques, sans justification thérapeutique, puis à lui donner des soins incomplets et tardifs et les dommages subis par cette patiente, décédée, après une période d'état végétatif, des suites d'interventions chirurgicales destinées à juguler une hémorragie et au cours desquelles des arrêts cardiaques s'étaient produits (Cass., 1^{ère} civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-19161, Bull. n° 187).

- une intoxication liée à la délivrance d'un produit par un pharmacien à des doses plus importantes que celles prescrites et la faute commise par le médecin en prescrivant ce médicament et en ne portant pas les mentions sur l'ordonnance permettant au pharmacien de disposer des éléments lui permettant de contrôler la prescription, le médecin ayant facilité la commission d'une faute en relation directe avec le dommage et ainsi contribué à la réalisation du dommage (Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-68471, Bull. n° 201).

- la faute commise par l'auteur d'un accident de la circulation et la contamination par le VHC subie par la victime lors de transfusions sanguines rendues nécessaires par l'accident (Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-19197, Bull. n° 310).

Le Conseil d'État a jugé qu'il existait un lien de causalité entre :

- un dommage et plusieurs fautes commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, qui portaient chacune en elle normalement ce dommage



au moment où elles se sont produites (CE, 2 juillet 2010, *Madranges*, n° 323890, Rec. p. 236),

- les fautes préalables d'un centre hospitalier ayant aggravé l'état du patient lors d'une opération ensuite pratiquée au sein d'une structure privée et son décès à la suite de cette opération bien qu'une faute médicale ait été aussi commise au sein de cette structure (CE, 18 février 2010, *Consorts Ludwig*, 316774, inédit au Rec.).

- le décès d'une patiente lors d'une intervention chirurgicale en vue du remplacement d'une prothèse et l'infection nosocomiale contractée lors de la pose de cette prothèse dans un autre établissement, ayant rendue nécessaire l'intervention, en l'absence de faute dans l'indication et dans la réalisation du geste chirurgical (CE, 28 juillet 2011, *Lascombe*, n° 320810, inédit au Rec.).

- l'aggravation de l'état de santé d'une victime d'une faute médicale ayant refusé de subir une intervention chirurgicale qui aurait pu prévenir cette aggravation et la faute médicale commise dès lors que l'intervention n'aurait pas été nécessaire en l'absence de faute initiale (CE, 3 décembre 2010, *Gandia*, n° 334622, inédit au Rec.)

La Cour de cassation a estimé, au contraire, que n'était pas rapportée la preuve d'un lien de causalité entre :

- la maladresse d'un médecin lors d'une intervention chirurgicale et une nouvelle intervention chirurgicale ayant causé un dommage au patient dès lors que cette intervention n'était pas une suite nécessaire pour remédier aux conséquences de la maladresse (Cass., 1^{ère} civ., 30 septembre 1997, pourvoi n° 95-16500, Bull. n° 259).

- les suites d'un arrêt cardiaque survenu au cours d'une opération chirurgicale rendue nécessaire par un accident dès lors qu'étaient en cause les conditions techniques de l'anesthésie (Cass., 1^{ère} civ., 4 février 1987, pourvoi n° 85-10405, Bull. n° 38).

- le préjudice moral subi par des enfants nés après l'accident dont leur père avait été victime et l'ayant laissé gravement handicapé et les empêchant de partager avec lui certaines activités et cet accident (Cass., 2^{ème} civ., 24 février 2005, pourvoi n° 02-11999, Bull. n° 53).

Le Conseil d'État a encore jugé, avant la loi du 4 mars 2002 ayant prévu des dispositions spécifiques en matière d'indemnisation des préjudices liés au handicap d'un enfant non décelé pendant la grossesse de la mère à la suite d'une faute, que s'il existait un lien de causalité directe entre la faute d'un hôpital n'ayant pas informé la mère d'un enfant du manque de fiabilité des résultats d'un examen chromosomique et les préjudices subis par les parents du fait du handicap de leur enfant, le lien entre la faute et le handicap de l'enfant faisait au contraire défaut (CE, 14 février 1997, *CHR Nice*, n° 133238, Rec. p. 44). La Cour de cassation a, en revanche, retenu que l'enfant pouvait demander réparation du préjudice résultant de son handicap et causé par les fautes commises par un médecin et un laboratoire de biologie médicale dans la recherche d'anticorps de la rubéole chez sa mère



ayant empêché celle-ci d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant handicapé (Cass., plén., 17 novembre 2000, *Perruche*, pourvoi n° 93-13701, Bull. n° 9) (V. TR 4).

La Conseil d'État et la Cour de cassation ont enfin précisé que l'existence d'une prédisposition pathologique du patient ne faisait pas obstacle à l'établissement du lien de causalité et n'avait pas d'incidence sur le droit à l'indemnisation lorsque l'affection n'avait été provoquée ou révélée que par l'acte médical litigieux (CE, 27 octobre 2000, *CH de Seclin*, n° 208640, Rec. p. 478 ; Cass., 2^{ème} civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-16920, Bull. n° 263).

B. Le recours à la perte de chance

Dans certains cas l'existence d'un lien de causalité entre le dommage corporel subi et la faute, l'infection, l'accident ou encore le défaut du produit ne peut être établie. Une incertitude demeure sur leurs conséquences alors même qu'il est certain qu'en leur absence, le dommage aurait pu être évité ou limité.

Le Conseil d'État comme la Cour de cassation ont admis dans de tels cas et sous certaines conditions une réparation fondée sur la perte de chance, déjà retenue dans d'autres domaines, et posé des règles d'indemnisation spécifiques ; la perte de chance constituant en effet un préjudice distinct du préjudice corporel subi.

Leurs premiers arrêts réparant la perte de chance en matière médicale, datent de 1964 et 1965 (CE, 24 avril 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, Rec. p. 259 et Cass., 1^{ère} civ., 14 décembre 1965, , pourvoi n° 63-13531, Bull. n° 707).

La Cour de cassation a ensuite notamment précisé qu'un préjudice pouvait être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle avait été perdue (Cass., 1^{ère} civ., 27 janvier 1970, pourvoi n° 68-12782, Bull. n° 37) et que s'il n'était pas établi que des soins administrés à temps eussent guéri le patient, l'absence ou le retard fautifs de diagnostic ou de traitement d'une affection ne pouvaient être indemnisés qu'au titre de la perte de chance (Cass., 1^{ère} civ., 4 novembre 2003, pourvoi n° 01-13204, Bull. n° 224).

Les juridictions judiciaires et administratives ont très fréquemment recours à la perte de chance ; celle-ci étant particulièrement adaptée au contentieux de la responsabilité médicale dans lequel les conséquences d'éventuelles fautes sur l'état de santé du patient peuvent être particulièrement complexes à appréhender et conduire à raisonner en termes de probabilités.

Elle est notamment utilisée en matière d'erreurs ou retards fautifs de diagnostic et de traitement ou encore de défaut d'information (V. TR 5). Elle n'est pas retenue en responsabilité pénale ; le lien de causalité entre l'infraction et le dommage devant être nécessairement établi (V. TR 3).



1. Les conditions d'indemnisation d'une perte de chance

La victime doit, en premier lieu, avoir effectivement perdu des chances de guérison, d'amélioration de son état de santé ou de survie ; celles-ci étant écartées en particulier lorsqu'au jour de la faute, la santé du patient était, par exemple, déjà définitivement compromise, lorsqu'elles étaient purement hypothétiques ou n'ont pu être reliées à la faute (ex : Cass., 1^{ère} civ., 10 janvier 1990, pourvois n° 87-17091, 87-17092 et 88-18690, Bull. n° 10, et Cass., 1^{ère} civ., 7 juin 1988, pourvoi n° 86-13214, Bull. n° 180).

Le Conseil d'État a cependant admis l'existence d'une perte de chance en présence non seulement d'une incertitude sur le lien entre la faute et les séquelles mais aussi d'une incertitude sur l'absence de lien.

Il a estimé ainsi, dans le cas d'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier liée au retard d'une heure à appeler l'obstétricien dans un cas de souffrance fœtale aiguë, qu'était engagée la responsabilité d'un centre-hospitalier, à raison de la perte de chance de l'enfant d'éviter tout ou partie des séquelles dont il est resté atteint dès lors que, s'il n'était pas certain que le dommage ne serait pas advenu en l'absence du retard fautif, tout retard dans l'extraction de l'enfant était susceptible de contribuer à l'apparition ou à l'aggravation de séquelles cérébrales et qu'il n'était pas pour autant davantage établi avec certitude que les lésions étaient déjà irréversiblement acquises dans leur totalité quand la décision de pratiquer la césarienne aurait dû être prise, ni que le délai qui aurait en toute hypothèse séparé cette décision de l'extraction de l'enfant aurait suffi à l'apparition des mêmes lésions (CE, 26 mai 2010, *M et Mme Pradeau*, n° 306354, inédit au Rec.).

Il a précisé dans cet arrêt qu'il était dans l'office des juges de fond d'examiner, y compris lorsque les parties ne l'invoquaient pas expressément devant eux, si la faute n'avait pas été à l'origine d'une perte de chance.

La Cour de cassation a jugé ensuite que la perte de chance présentait un caractère direct et certain chaque fois qu'était constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie dont une patiente était atteinte, ni l'indétermination de la cause du syndrome de détresse respiratoire aiguë ayant entraîné le décès n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise par un médecin, laquelle avait eu pour effet de retarder la prise en charge de cette patiente et de lui faire perdre une chance de survie (Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69195, Bull. n° 200).

Elle a précisé qu'engageaient leur responsabilité, au titre de la perte de chance pour la victime d'éviter le dommage, tous les praticiens dont le comportement fautif lors de la grossesse ou de l'accouchement a contribué au dommage subi par l'enfant, peu important que l'origine première de son handicap soit affectée d'un degré d'incertitude (Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvois n° 08-20755 et 08-21692, Bull. n° 19). De même, elle a encore retenu qu'une incertitude sur l'origine de la pathologie et notamment sur l'existence possible de facteurs anténataux non identifiables ne faisait pas obstacle à l'engagement de la responsabilité de la



clinique et du médecin obstétricien, dès lors que l'ensemble des fautes commises par celui-ci et par le personnel de la clinique avait fait perdre à l'enfant des chances certaines d'échapper à la constitution ou à l'aggravation de lésions cérébrales (Cass., 1^{ère} civ., 17 février 2011, pourvois n° 10-10449 et 10-10670, Bull. n° 29).

La perte de chance n'est donc écartée que lorsqu'il est établi que les lésions étaient déjà irrévocablement acquises lorsque la faute a été commise.

2. La réparation de la perte de chance

La Cour de cassation a retenu dès 1973 que le médecin ayant fait perdre à son patient des chances de survie ou d'échapper à l'état dans lequel il se trouvait ne pouvait être condamné à la réparation totale du dommage résultant du décès ou de cet état (Cass., 1^{ère} civ., 27 mars 1973, pourvoi n° 71-14587, Bull. n° 115 et Cass., 1^{ère} civ., 9 mai 1973, pourvoi n° 71-13594, Bull. n° 162).

Elle a affirmé que la réparation d'une perte de chance devait être mesurée à la chance perdue et ne pouvait être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Cass., 1^{ère} civ., 16 juillet 1998, pourvoi n° 96-15380, Bull. n° 260), que déterminée en fonction de l'état de la victime et de toutes les conséquences qui en découlaient pour elle, l'indemnité de réparation de la perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une infirmité, ne saurait présenter un caractère forfaitaire, mais correspondait à une fraction souverainement évaluée des différents chefs de préjudice supportés par cette victime (Cass., 1^{ère} civ., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-18113, Bull. n° 238 ; Cass., 1^{ère} civ., 18 juillet 2000, pourvoi n° 98-20430, Bull. n° 224 ; Cass., 1^{ère} civ., 18 janvier 2005, pourvoi n° 03-17906, Bull. n° 29).

Le Conseil d'État a considéré jusqu'en 2007 que dans le cas de fautes ayant compromis des chances de guérison, une réparation intégrale du préjudice était due au patient (not. CE, 24 avril 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, Rec. p. 259 ; CE, 21 février 1979, *Dupuis*, n° 91277, inédit au Rec. ; CE, 19 mars 2003, *CHRU de Caen* n° 195007 et 211317, Rec. p. 138).

Il a ensuite affirmé que dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier avait compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui devait être intégralement réparé n'était pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu et que la réparation qui incombait à l'hôpital devait alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue (CE, 21 décembre 2007, *CH de Vienne*, n° 289328, Rec. p. 546).

Il a précisé qu'il appartenait en principe au juge administratif de faire application d'une règle jurisprudentielle nouvelle – telle la nouvelle règle de réparation des préjudices en cas de perte de chance résultant d'une jurisprudence postérieure à l'arrêt attaqué – à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur avait donné naissance (CE, 2 septembre 2009, *AP de Marseille*, n° 297013, inédit au Rec.).



La Cour de cassation et le Conseil d'État ont admis aussi dans ces différents arrêts que les tiers payeurs disposaient d'un recours sur les sommes allouées à cette dernière, à la seule mesure des prestations qu'ils ont versées à celle-ci et qui sont en relation directe avec le fait dommageable selon les modalités essentiellement fixées par l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale ; ce recours s'exerçant depuis la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 poste par poste et la victime disposant en outre d'un droit de préférence sur la dette du tiers responsable (V. TR 4).

II. La preuve du lien de causalité

Conformément au droit commun, la preuve du lien de causalité entre la faute, l'accident médical, l'infection nosocomiale ou encore le défaut du produit de santé et le dommage incombe à la victime. Les juridictions judiciaires et administratives et le législateur ont cependant été amenés à recourir à des présomptions de causalité ou encore à des régimes de responsabilité de plein droit avec une exonération limitée à la preuve de la cause étrangère.

A. Une preuve à la charge du demandeur

La preuve d'un lien de causalité peut être apportée par tous moyens, s'agissant d'un fait juridique.

La victime peut donc verser aux débats tous les éléments de nature à établir l'existence d'un lien de causalité et notamment les rapports d'expertise. La valeur probante de ces éléments est appréciée par le juge saisi.

La preuve par présomptions est expressément prévue par les articles 1349 et 1353 du code civil définissant les présomptions comme des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu et prévoyant en particulier qu'elles sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes.

Elle est admise par le juge civil y compris en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Cependant dans de nombreux cas, les victimes se heurtent à des difficultés de preuve importantes liées à l'état des connaissances scientifiques, à l'absence de certitude sur l'existence d'un lien de causalité entre l'administration du produit et le dommage mais aussi à l'impossibilité de l'exclure.

Ces difficultés se manifestent notamment dans les litiges opposant des personnes ayant subi des vaccinations contre l'hépatite B et présentant des pathologies démyélinisantes et les laboratoires pharmaceutiques concernés.

Elles sont d'autant plus importantes que la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, ayant transposé aux articles 1386-1 à 1386-18 du code civil la directive n° 85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, impose au demandeur selon l'article 1386-9, de prouver, outre le fait que le dommage est imputable à l'administration du produit, que le produit est défectueux et qu'il existe un lien de causalité entre le défaut et le dommage. A la



différence d'autres régimes de responsabilité comme en matière d'accidents du travail et de vaccinations obligatoires, la preuve du lien de causalité ne peut être aménagée (V. TR 7).

La Cour de cassation a estimé qu'il incombait aux juges du fond de rechercher si les éléments de preuves soumis constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage (not. Cass., 1^{ère} civ., 22 mai 2008, pourvois n° 05-20317 et 06-10967, Bull. n° 148 et 149), et que l'existence de présomptions graves, précises et concordantes relevaient de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2009 et 25 novembre 2010, pourvois n° 08-16097 et 09-16556, Bull. n° 185 et 245).

Elle a retenu que la preuve scientifique d'un lien de causalité direct et certain entre une injection vaccinale et le déclenchement de la pathologie ne pouvait être exigée (Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12781, Bull. n° 141) marquant ainsi expressément la distinction entre causalité juridique et causalité scientifique.

B. Le recours à des présomptions de causalité

Elles ont été posées en matière de vaccinations obligatoires et en matière de contaminations transfusionnelles.

1. Les vaccinations obligatoires

Le Conseil d'État a été amené à poser des critères permettant de regarder comme établi le lien de causalité entre les dommages imputés à des vaccinations obligatoires contre l'hépatite B et ces vaccinations (V. TR 7).

Dans le cadre de recours contentieux concernant des dommages imputés à des vaccinations obligatoires contre l'hépatite B, il a affirmé que dans des cas d'affections identifiées scientifiquement, telle qu'une sclérose en plaques et une polyarthrite rhumatoïde, où les rapports d'expertise n'avaient pas exclu la possibilité d'un lien, qu'un lien direct entre la vaccination et ces affections, devait être regardé comme établi si la maladie était apparue dans un bref délai à la suite de l'injection du vaccin, si le patient était en bonne santé avant l'injection et s'il ne présentait aucun antécédent à cette pathologie (CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, n° 267635, Rec. p. 118 et *Commune de Grenoble* n° 278665, inédit au Rec.).

Il a admis la prise en compte de premiers symptômes de la maladie sur la base d'indications seulement données par le patient et reprises par le rapport d'expertise médicale, bien qu'ils n'aient pas été cliniquement constatés (CE, 11 juillet 2008, *Ministre de la santé et des solidarités c/ consorts Augustin*, n° 289763, inédit au Rec.).

Il a enfin estimé que si l'existence d'une prédisposition génétique à une affection démyélinisante n'était pas de nature, par elle-même, à exclure l'imputabilité d'une telle affection à la vaccination contre l'hépatite B, elle ne permettait pas en revanche de regarder cette imputabilité comme établie dans l'hypothèse où la survenue des premiers symptômes de l'affection ne serait pas séparée de l'injection du vaccin par un bref délai (CE, 24 juillet 2009, *Hospices civils de Lyon*, n° 308876, inédit au Rec. ; le délai admis étant environ de deux à trois mois).



2. Les contaminations transfusionnelles

Elles concernent le VIH et le VHC ; de nombreuses contaminations ayant eu lieu avant l'identification de ces virus et l'instauration à partir de 1985 et 1990 de tests de dépistage des donneurs de produits sanguins. De plus dans de nombreux cas, les enquêtes transfusionnelles a posteriori ne permettent pas de déterminer si les produits administrés étaient ou non contaminés faute de traçabilité de ces produits ou de possibilités de contrôles de l'ensemble des donneurs. Les procédures d'indemnisation et la prise en charge des dommages consécutifs à ces contaminations sont envisagées au sein de la TR 7.

La Cour de cassation a aussi admis une présomption de causalité en matière de dommages imputés à l'administration de Distilbène ; cette hormone de synthèse prescrite entre 1948 et 1976 aux femmes enceintes pour prévenir les fausses couches ayant entraîné des tumeurs vaginales et des malformations génitales chez leurs enfants.

a. Les contaminations par le VIH

Il incombe à la victime, selon l'article L. 3122-1 du code de la santé publique, de justifier de l'atteinte par le VIH et des transfusions ou injections subies et de faire connaître à l'office tous les éléments d'information dont elle dispose, l'ONIAM examinant si les conditions sont réunies, recherchant les circonstances de la contamination et procédant à toutes investigations sans que puisse lui être opposé le secret professionnel.

La Cour de cassation en a déduit qu'une présomption avait été édictée, par l'article L. 3122-2 du code de la santé publique, en faveur de la personne transfusée, et qu'elle n'était pas détruite par la seule constatation de la conduite à risques de celle-ci, dès lors que l'enquête transfusionnelle ne permettait pas de contrôler la sérologie de tous les donneurs de sang (Cass., 1^{ère} civ., 20 décembre 2007, pourvoi n° 06-20575, Bull. n° 397).

b. Les contaminations par le VHC

A la suite de décisions du Conseil d'État de la Cour de cassation ayant progressivement adapté le régime de preuve applicable (CE, 15 janvier 2001, AP-HP, n° 208958, Rec. p. 15 et Cass., 1^{ère} civ., 9 mai et 17 juillet 2001, pourvois n° 99-18161, 99-18514 et 00-10883, Bull. n° 130 et 234), la loi du 4 mars 2002 a consacré une présomption de causalité.

L'article 102 dispose : « *en cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur. Cette disposition est applicable aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable.* »



a. Le Conseil d'État en a déduit qu'il appartenait au demandeur, non pas seulement de faire état d'une éventualité selon laquelle sa contamination par le VHC provenait d'une transfusion, mais d'apporter aussi un faisceau d'éléments conférant à cette hypothèse, compte tenu de toutes les données disponibles, un degré suffisamment élevé de vraisemblance, que si tel était le cas, la charge de la preuve contraire reposait sur le défendeur et que ce n'était qu'au stade où le juge, au vu des éléments produits successivement par ces parties, formait sa conviction que le doute profitait au demandeur. Il a précisé que s'il appartenait au juge de cassation de vérifier que les juges du fond ne commettaient pas d'erreur de droit dans l'application de ces règles, la question de savoir si les éléments avancés par le demandeur suffisaient pour créer une présomption, si la preuve contraire était apportée par le défendeur et s'il existait un doute devant conduire à accueillir la demande, relevait de l'appréciation souveraine du juge, qui ne pouvait être censurée qu'en cas de dénaturation (CE, 10 octobre 2003, *Mme Tato*, n° 249416, Rec. p. 393).

Il a précisé que la présomption ne concernait pas l'existence même de la transfusion soupçonnée d'avoir causé cette contamination et qu'il incombait donc au demandeur d'établir l'existence de la transfusion qu'il prétend avoir subie selon les règles de droit commun gouvernant la charge de la preuve devant le juge administratif (CE, 25 juillet 2007, *EFS*, n° 271247, inédit au Rec.).

Il a cependant ensuite retenu que la présomption était constituée dès lors qu'un faisceau d'éléments conférait à l'hypothèse d'une origine transfusionnelle de la contamination, compte tenu de l'ensemble des éléments disponibles, un degré suffisamment élevé de vraisemblance, que tel était normalement le cas lorsqu'il résultait de l'instruction que le demandeur s'était vu administrer, à une date où il n'était pas procédé à une détection systématique du virus de l'hépatite C à l'occasion des dons du sang, des produits sanguins dont l'innocuité n'avait pu être établie, à moins que la date d'apparition des premiers symptômes de l'hépatite C ou de révélation de la séropositivité démontre que la contamination n'avait pas pu se produire à l'occasion de l'administration de ces produits et qu'eu égard à la disposition selon laquelle le doute profite au demandeur, la circonstance que l'intéressé a été exposé par ailleurs à d'autres facteurs de contamination, résultant notamment d'actes médicaux invasifs ou d'un comportement personnel à risque, ne saurait faire obstacle à la présomption légale que dans le cas où il résulte de l'instruction que la probabilité d'une origine transfusionnelle est manifestement moins élevée que celle d'une origine étrangère aux transfusions (CE, 19 octobre 2011, *M. Vidal*, n° 339670, Rec. p. 495).

b. La Cour de cassation a jugé qu'il appartenait aux juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain et sans inverser la charge de la preuve, d'apprécier si les éléments apportés par le demandeur permettaient de présumer l'origine transfusionnelle de sa contamination et que dès lors qu'ils déduisaient de leurs constatations qu'il n'apportait pas d'éléments permettant de présumer l'origine transfusionnelle de sa contamination par le virus de l'hépatite C, l'intéressé ne pouvait se prévaloir de l'existence d'un doute au sens de l'article 102 (ex : Cass., 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-11688, Bull. n° 299 et Cass., 1^{ère} civ.,



13 décembre 2005, pourvoi n° 03-17547, Bull. n° 500), tout en censurant les décisions dans lesquelles les juges du fond imposaient en réalité à la victime malgré la présomption d'imputabilité de l'article 102 d'établir un lien de causalité entre les transfusions subies et leur contamination (ex : Cass., 1^{ère} civ., 4 mars 2003, pourvoi n° 01-14395, Bull. n° 64).

Elle a cependant ensuite admis que violait l'article 102, une cour d'appel qui, pour débouter une personne contaminée par le VHC de sa demande formée à l'encontre d'un centre de transfusion sanguine, retenait qu'en présence d'une pluralité de facteurs de risque, que l'imputabilité de la contamination à la transfusion litigieuse ne pouvait être présumée, alors que ce même arrêt relevait que la victime avait pu être contaminée par l'un ou l'autre des six produits sanguins dont les donateurs n'avaient pu être identifiés et contrôlés et que le doute devait lui profiter (Cass., 1^{ère} civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 08-14729, Bull. n° 47).

Mais elle a depuis retenu que la valeur des éléments de preuve produits était appréciée souverainement par les juges du fond (Cass., 1^{ère} civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-15746, inédit au Bull. et Cass., 1^{ère} civ., 30 septembre 2010, pourvoi n° 09-11192, inédit au Bull.).

Le fait de prendre uniquement en considération l'absence de l'innocuité des produits implique en réalité que le défendeur prouve l'existence d'une cause étrangère. A l'inverse, une appréciation trop rigoureuse du faisceau d'éléments à apporter par la victime peut aboutir à remettre en cause la présomption de causalité.

c. En présence de produits sanguins fournis par plusieurs centres de transfusion, le Conseil d'État a en outre, avant même l'entrée en vigueur de l'article 102, précisé que la personne publique mise en cause devant le juge administratif devait être tenue pour responsable de l'ensemble des dommages subis par la victime et condamnée à les réparer si elle n'établissait pas l'innocuité des produits qu'elle avait elle-même élaborés, sans préjudice de la possibilité pour elle, si elle s'y croyait fondée, d'appeler en garantie devant le juge administratif les autres centres de transfusion ayant la qualité de personne publique ou d'exercer une action devant le juge judiciaire à l'encontre des autres centres de transfusion ayant la qualité de personne morale de droit privé dans la mesure où ils seraient coauteurs de la contamination (CE, 15 janvier 2001, *AP-HP*, n° 208958, Rec. p. 15).

La Cour de cassation a retenu aussi en présence de produits sanguins fournis par plusieurs centres de transfusion sanguine qu'il appartenait à celui dont la responsabilité est recherchée, de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis sont exempts de tout vice (Cass., 1^{ère} civ., 10 juillet 2002, pourvoi n° 01-02132, Bull. n° 198). Elle a enfin considéré que la présomption de l'article 102 avait été édictée au seul bénéfice des victimes et que les recours entre cofournisseurs de produits sanguins obéissaient aux règles du droit commun (Cass., 1^{ère} civ., 17 juin 2010, pourvois n° 09-10786, 09-10838 et 09-65190, Bull. n° 117 et 118).



3. Les dommages imputés au Distilbène

La Cour de cassation a estimé dans le cas de dommages imputés par les victimes à la prise de Distilbène par leur mère, qu'il incombait à la victime de prouver qu'elle avait été exposée à la molécule litigieuse et que dans un tel cas il appartenait à chacun des laboratoires ayant mis sur le marché un produit qui la contenait de prouver que celui-ci n'était pas à l'origine du dommage (Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, pourvois n° 08-10081 et 08-16305, Bull. n° 186 et 187 et Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-18837, Bull. n° 22) ; ces dommages concernant des produits de santé mis en circulation avant l'application de la directive du 25 juillet 1985 et de la loi du 19 mai 1998.

C. Une exonération limitée à la preuve d'une cause étrangère

La cause étrangère est une cause exonératoire dans plusieurs régimes de responsabilité, notamment les responsabilités contractuelle et délictuelle prévues par l'article 1147 et 1384 du code civil.

La Cour de cassation a retenu à partir de 1999 que les établissements de santé privés et les médecins étaient soumis en matière d'infections nosocomiales à une obligation de sécurité de résultat dont ils ne pouvaient s'exonérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère (Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1999, pourvois n° 97-14254, 97-21903 et 97-15818, Bull. n° 220 et 222 et Cass., 1^{ère} civ., 13 février 2001, pourvoi n° 98-19433, Bull. n° 32).

L'article L. 1142-1 I du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 a prévu une responsabilité de plein droit des établissements, services et organismes en l'absence de preuve d'une cause étrangère et ainsi maintenu à leur égard une exonération limitée à la cause étrangère.

La Cour de cassation a aussi retenu l'existence d'une obligation de sécurité de résultat avec une exonération limitée à la cause étrangère à l'égard des établissements de santé quant aux produits de santé fournis (not. Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, pourvoi n° 99-12255, Bull. n° 279) ainsi que des centres de transfusion, avant la loi du 4 mars 2002 (Cass., 1^{ère} civ., 12 avril 1995, pourvoi n° 92-20747, Bull. n° 179).

La cause étrangère est en principe extérieure au défendeur, imprévisible dans sa survenance et irrésistible dans ses effets. Elle présente ainsi les caractères de la force majeure et est très restrictivement admise. La Cour de cassation a retenu qu'était constitutif d'un cas de force majeure un événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution (Cass., Ass. Plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 02-11168, Bull. n° 5). Si le domaine et la portée de la condition liée à l'extériorité sont discutés, il importe néanmoins que la survenue du dommage ne soit pas imputable même pour partie au demandeur.

En matière d'infection nosocomiale, il peut être particulièrement complexe de rapporter la preuve d'une cause étrangère hormis les cas où le défendeur parviendrait à établir que ce sont d'autres soins prodigués à la victime de l'infection qui sont à l'origine de l'infection ou que celle-ci a commis une faute à l'origine de son dommage.



L'irrésistibilité et l'imprévisibilité d'une infection nosocomiale, voire son extériorité ou son inévitabilité peuvent donc être difficiles à appréhender et sont discutées.

Une application stricte de tels critères peut conduire à rendre la cause étrangère en matière d'infection nosocomiale purement théorique ; une ouverture plus large étant à l'inverse susceptible de remettre en cause le régime de responsabilité de plein droit voulu par le législateur.

La Cour de cassation n'a pas à ce jour retenu l'existence d'une cause étrangère en matière d'infection nosocomiale ou d'obligation de sécurité de résultat des produits de santé en pointant notamment le caractère connu de la complication infectieuse et son absence d'inévitabilité (Cass., 1^{ère} civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17491, Bull. n° 191 ; Cass., 1^{ère} civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-15979, Bull. n° 37 ; Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-69151, Bull. n° 155) (V. TR7).

Le Conseil d'État a affirmé que n'était pas rapportée la preuve d'une cause étrangère dans le cas d'une infection liée à la pénétration d'un germe présent dans le rhinopharynx de la patiente dans les méninges à l'occasion de l'intervention et devenu alors pathogène après avoir relevé que l'infection avait été provoquée par l'intervention, qu'elle constituait un risque connu et que si l'expert avait relevé qu'il était très difficile de la prévenir, il ne ressortait pas de l'instruction qu'elle présentait le caractère d'irrésistibilité et d'imprévisibilité qui permettrait de regarder comme apportée la preuve d'une cause étrangère (CE, 10 octobre 2011, *CHU d'Angers*, n° 328500, Rec. p. 458).

III. La répartition des responsabilités et de la charge de la réparation

Il y a lieu de distinguer la responsabilité à l'égard des victimes et la charge de la réparation entre coresponsables.

Ces questions se posent plus fréquemment aux juridictions judiciaires dès lors que les professionnels de santé exerçant à titre libéral sont chacun personnellement responsables de leurs fautes et que leur responsabilité est distincte de celle des établissements de santé dans lesquels ils exercent leur activité.

A. La responsabilité à l'égard de la victime

La victime peut demander la réparation intégrale de son dommage à l'un de ses responsables ou la condamnation conjointe ou solidaire de ces derniers.

La Cour de cassation a estimé qu'une condamnation *in solidum* devait être prononcée à l'égard de praticiens dont les fautes étaient à l'origine de l'entier préjudice de la victime (Cass., 1^{ère} civ., 16 juin 1998, pourvoi n° 97-18481, Bull. n° 210) ou dont les fautes étaient à l'origine d'une perte de chance d'éviter le dommage à hauteur de cette perte de chance, indépendamment de la part contributive de chacun à sa réalisation (Cass., 1^{ère} civ., 17 février 2011, pourvois n° 10-10449 et 10-10670, Bull. n° 29).

Le Conseil d'État a aussi jugé qu'eu égard à la collaboration étroite existant entre les services de SAMU, SMUR et SATU, la victime d'une faute commise à l'occasion du transfert d'un patient d'un établissement de santé vers un autre pouvait, lorsque



les services impliqués dépendaient d'établissements de santé différents, rechercher la responsabilité de l'un seulement de ces établissements ou leur responsabilité solidaire (CE, 18 février, 2010, *Consorts Aujollet*, n° 318891, inédit au Rec.) et plus généralement que lorsqu'un dommage trouvait sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime pouvait rechercher la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l'une de ces personnes ou de celles-ci conjointement, sans préjudice des actions récursoires que les coauteurs du dommage pourraient former entre eux (CE, 2 juillet 2010, *Madranges*, n° 323890, Rec. p. 236).

La Cour de cassation comme le Conseil d'État ont enfin admis qu'en cas de coexistence d'une faute à l'origine d'une réparation partielle et d'un accident médical, les préjudices consécutifs à l'accident médical n'ayant pas été réparés demeuraient à la charge de l'ONIAM (CE, 30 mars 2011, *ONIAM c. M. et Mme Hautreux*, n° 327669, Rec. p. 148 ; Cass., 1^{ère} civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11270, Bull. n° 63).

B. La charge de la réparation entre coresponsables

La Cour de cassation a retenu que la part de responsabilité incombant à chacun des praticiens dont le comportement fautif avait contribué au dommage était appréciée souverainement par les juges du fond (Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvois n° 08-20755 et 08-21692, Bull. n° 19).

Elle peut être fixée par le juge en cas de responsabilité solidaire à l'égard de la victime ou indépendamment de celle-ci. Le professionnel de santé, l'établissement ou même le producteur dont la responsabilité est recherchée par la victime peut aussi appeler en garantie un éventuel coresponsable s'il estime que tout ou partie du dommage engage la responsabilité de l'un d'eux. Il peut enfin exercer une action subrogatoire après avoir indemnisé la victime ou une action récursoire après avoir été condamné à l'indemniser, notamment lorsque le litige relève de la compétence de juridictions différentes. Ces possibilités sont également ouvertes à l'ONIAM lorsqu'il estime que le dommage engage la responsabilité d'un professionnel de santé, d'un établissement de santé ou même d'un producteur (V. TR1).

La répartition de la charge de la réparation entre responsables dépend en principe de la gravité des fautes respectives (not. Cass., 2^{ème} civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-71196, Bull. n° 8). La Cour de cassation a retenu qu'un médecin et un établissement de santé tenus en matière d'infection nosocomiale d'une obligation de sécurité de résultat et n'ayant pu prouver l'existence d'une cause étrangère devaient contribuer par parts égales à la réparation des conséquences dommageables de l'infection (Cass., 1^{ère} civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-12066, Bull. n° 276) et qu'en cas de concours d'un responsable de droit au titre d'une contamination transfusionnelle et de l'auteur de l'accident, cette contribution était partagée par moitié (Cass., 1^{ère} civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 05-15235, Bull. n° 363).





Troisième table ronde

Le risque pénal et disciplinaire

Cette troisième table ronde aborde le thème du risque pénal et disciplinaire. Les fautes commises par les médecins peuvent justifier, outre la réparation des dommages, des sanctions disciplinaires et pénales. L'évolution du contentieux disciplinaire et pénal sera au centre des débats de la table ronde et une attention particulière sera portée aux incidences des dispositions législatives ayant restreint le champ des responsabilités, notamment dans le domaine de la santé publique.

Sommaire

Présentation des intervenants	p. 138
Actes de la table ronde	p. 140
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire	p. 174

Les intervenants

Christian Raysseguier

*Premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation,
Président de la table ronde*

Christian Raysseguier a successivement exercé les fonctions de substitut du procureur de la République à Privas, Béziers et Bobigny. En 1982, il est nommé premier juge d'instruction à Marseille, puis premier substitut, puis substitut général à Aix-en-Provence. Il devient alors procureur de la République à Melun, puis procureur général à Bastia et à Rouen. En 2003, il est nommé inspecteur général des services judiciaires. Il est nommé premier avocat général à la chambre criminelle en 2007. Membre du Conseil supérieur de la magistrature de 1998 à 2002, Christian Raysseguier y siège à nouveau depuis 2011.

Catherine Champrenault

Procureur de la République du tribunal de grande instance d'Avignon, ancienne magistrate du pôle de santé publique

Licenciée en droit et en histoire, Catherine Champrenault intègre l'École nationale de la magistrature en 1979. Après une première affectation en 1981 au parquet de Tours en qualité de substitut, elle exercera toujours ses fonctions au ministère public, à l'exception d'un détachement de deux ans et demi au ministère de l'éducation nationale, dans le corps des administrateurs civils. En 2000, elle est nommée au parquet de Paris, comme premier substitut. En 2003, lors de la création du pôle «santé publique», Catherine Champrenault est chargée de sa direction et se voit saisie des procédures les plus complexes de santé publique et de responsabilité médicale, traitées, jusqu'alors, localement. Par la suite nommée avocat général à la cour d'appel de Douai, elle assure le suivi des affaires relevant du contentieux de la santé publique (notamment les affaires Guéniot, Humbert).

Henri Blondet

Conseiller à la chambre criminelle de la cour de Cassation

Après avoir exercé à Lyon et Paris, Henri Blondet est nommé en 1982 procureur de la République adjoint à Pontoise. Il est promu substitut général à Versailles en 1987, avant d'être nommé président de chambre à la cour d'appel de Lyon. En 1996, il devient conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Anne-Françoise Roul

Conseiller d'État, assesseur à la 5ème sous-section de la section du contentieux, présidente suppléante de la chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins

Diplômée d'études supérieures de droit public, Anne-Françoise Roul commence sa carrière comme attachée d'administration centrale en 1976 avant d'être nommée conseiller au tribunal administratif de Paris en 1982, puis rapporteur au Conseil de la concurrence en 1990. Elle intègre la section du contentieux du Conseil d'État en 1992 où elle est rapporteur puis commissaire du Gouvernement en 1995. Depuis 2006, Anne-Françoise Roul est assesseur à la 5ème sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État.

Georges Holleaux

Avocat à la cour - Paris

Diplômé de Sciences Po, Georges Holleaux prête serment d'avocat en 1985, élu secrétaire de la Conférence de stage en 1988-1989, est membre du Conseil de l'Ordre depuis 2009. Juriste d'entreprise (la Radiotechnique, groupe Philips, 1983), clerc, collaborateur puis associé du cabinet Michel Normand, François Sarda et Associés de 1985 à 1994, Georges Holleaux crée son cabinet en 1995. Georges Holleaux, titulaire des certificats de spécialité de droit pénal et de droit public, est spécialiste notamment des contentieux médicaux et du droit de la santé publique (affaire du sang contaminé, de la vache folle, de l'amiante de Jussieu, des retombées de Tchernobyl).



Actes - Le risque pénal et disciplinaire

Christian Raysseguier

*Premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation,
Président de la table ronde*

Sans aller jusqu'à parler d'une véritable judiciarisation de la médecine, à l'instar de ce que paraît connaître la société américaine, il est devenu banal de constater que les actes de diagnostic et de soins, au fur et à mesure de leur technicité, de leur sophistication, deviennent de plus en plus « agressifs », tandis que les patients, victimes de dommages, ne se résignent pas ou ne se résignent plus à la fatalité et cherchent sinon des responsables, en tout cas des explications, et demandent bien légitimement l'indemnisation de leur dommage.

Cette évolution a développé un sentiment très partagé chez les médecins d'augmentation du risque de voir leur responsabilité recherchée et engagée.

Cette table ronde abordera le thème du risque pénal et disciplinaire. La méconnaissance des devoirs des médecins peut justifier, outre la réparation des dommages causés, sujet qui est abordé par d'autres tables rondes, des sanctions pénales et des sanctions disciplinaires.

Pour débattre de l'évolution de ce contentieux pénal et disciplinaire, nous avons réuni divers spécialistes de la question que je vous présente :

- Henri Blondet, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, doyen de la 1^{ère} section de cette chambre ;
- Catherine Champrenault, procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Avignon, et qui a précédemment dirigé le parquet du pôle santé du tribunal de grande instance de Paris ;
- j'aurais voulu vous présenter le docteur Jean-Marie Faroudja, médecin généraliste bien connu, président d'un conseil départemental de l'ordre et membre de la chambre disciplinaire nationale, malheureusement, il a dû se décommander et il vous prie de bien vouloir l'excuser ;
- Me Georges Holleaux, avocat à la cour de Paris, spécialiste reconnu des contentieux médicaux et du droit de la santé publique ;
- Anne-Françoise Roul, conseiller d'État qui siège à la 5^{ème} sous-section de la section du Contentieux, présidente suppléante de la chambre disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins.

Nous avons fait le choix dans cette table ronde de limiter le sujet de la responsabilité pénale et disciplinaire à celle du praticien dans les affaires individuelles, à l'exclusion donc des grandes affaires de santé publique présentant un caractère sériel qui renvoient à la solidarité nationale et concernent notamment les travaux des tables rondes 1 et 7.

Sans attendre, je vais donner la parole à Mme le procureur Champrenault pour aborder la question de la responsabilité pénale du médecin. Quel est votre regard, Mme le procureur, le constat que vous faites au travers de votre expérience professionnelle de magistrat pénaliste, sur la mise en œuvre à ce jour de la responsabilité pénale du médecin ? Vous pourrez aussi, si vous le voulez bien, à la fin de votre propos, nous présenter rapidement le pôle santé publique du tribunal de grande instance de Paris qui se voit désormais saisi des procédures les plus complexes de santé publique, de responsabilité médicale. Ces contentieux étaient jusqu'alors traités localement et donc éclatés sur l'ensemble du territoire national.

Catherine Champrenault

*Procureur de la République du tribunal de grande instance d'Avignon,
ancienne magistrate du pôle de santé publique*

I. Le constat : une augmentation des plaintes

Certes, on assiste aujourd'hui à une mise en cause grandissante de la responsabilité médicale des médecins car les familles et les patients déposent plus systématiquement plainte qu'autrefois. Cependant, le recours à la justice pénale s'explique par des évolutions conjuguées de la société depuis une vingtaine d'années.

Le médecin n'est plus considéré, comme par le passé, comme une autorité incontestable, et ce phénomène vaut d'ailleurs pour toutes les professions à responsabilité publique ou sociale.

Paradoxalement, la médecine, en raison des progrès considérables qu'elle enregistre en permanence, est sacralisée comme une science exacte qui devrait interdire le scandale d'une mort prématurée d'un être jeune, du décès inattendu d'une personne apparemment en bonne santé, de la perte cruelle d'un enfant.

De façon marginale mais signifiante, même les fins de vie inéluctables, y compris chez les personnes très âgées, ayant atteint leur limite de vie physiologique, peuvent donner lieu à une mise en cause du corps médical, des soignants. Cela montre bien la difficulté de nos sociétés contemporaines à inclure la mort dans le cycle de la vie et le rôle de « sas » psychologique que peut représenter la plainte.

Cette contradiction entre la vision sacrée d'une médecine moderne abolissant les frontières de la mort et la réalité profane dans laquelle cette frontière est, certes, souvent repoussée mais toujours présente, aboutit à une forte demande d'explications et d'informations de la part des familles ou des patients, demande qui n'est pas toujours satisfaite. L'insatisfaction des demandes tient également aux réponses parfois rapides, parfois elliptiques, parfois tardives que le corps médical leur apporte.

Parfois aussi, ces familles ne sont pas en mesure, dans le choc de la disparition et de leur souffrance, d'entendre le message médical qui leur est délivré.

Ce déficit de communication qualitatif ou quantitatif est souvent à l'origine des dépôts de plainte, dans le registre « on ne nous dit rien, on nous cache la vérité, on veut savoir ». Cette exigence de vérité ou parfois d'incapacité à affronter la réalité se concrétise par le dépôt de plainte. Rappelons, en effet, qu'il est rare que le parquet prenne l'initiative de l'enquête.

Enfin, il faut le souligner, le dépôt de plainte va entraîner une enquête et des investigations médico-légales gratuites pour le plaignant.

Pour autant, l'inflation des plaintes ne signifie pas l'augmentation des condamnations pénales, ce qui est d'autant plus remarquable que les actes médicaux ont augmenté de façon exponentielle ces dernières décennies.

II. L'absence d'accroissement des condamnations

Au niveau de la Chancellerie, nous ne sommes pas capables de collecter et de recenser le nombre exact de condamnations parce qu'il n'existe pas d'incriminations spécifiques du délit involontaire ou du délit de blessures involontaires commis par un membre du corps médical. Mais nous avons quand même quelques éléments d'appréciation.

Au parquet de Paris, il est réceptionné chaque année une soixantaine de plaintes environ qui mettent en cause le corps médical. Moins de 20 % de ces plaintes donnent lieu à une ouverture d'information et le tribunal correctionnel de Paris ne prononce qu'une à deux condamnations par an en moyenne.

Ces chiffres sont à rapprocher des 10 millions d'actes médicaux réalisés annuellement à l'Assistance Publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP) au niveau de Paris *intra-muros*, ce qui exclut donc le secteur privé parisien.

Au parquet de Marseille, en 2006, il a été traité une trentaine de nouveaux dossiers de responsabilité médicale et le parquet en a classé 23. En 2007, on réceptionne à Marseille 37 plaintes et on en classe 24 ; en 2008, on en reçoit 26 et on en classe 10 ; le reste des dossiers a fait l'objet d'ouvertures d'informations.

De même, ce ne sont que 5 ordonnances de renvoi devant le tribunal correctionnel de Marseille qui ont été rendues en 2008, 2 ordonnances de renvoi en 2009 et 2 ordonnances de renvoi aussi en 2010, soit sur 35 instructions 9 renvois devant le tribunal correctionnel de Marseille en 3 ans qui aboutissent à 4/5^{ème} de condamnations.

La compagnie « Le Sou médical », qui assure plus de 117 000 médecins, comptabilisait en 2007, sur l'ensemble du territoire national, 26 praticiens renvoyés devant les juridictions correctionnelles dont 15 étaient condamnés pénalement.

En 2010, cette compagnie d'assurance a recensé 27 médecins prévenus chez ses sociétaires dont 16 ont été condamnés, soit 57 % de condamnations sur le nombre des renvois devant le tribunal correctionnel. Même si on multiplie par deux ces chiffres, puisque cette compagnie d'assurance compte 57 % de sociétaires sur les 200 000 médecins en exercice, on voit bien que le ratio des praticiens condamnés pénalement est très faible : 0,001 %.



Ainsi, s'il existe un risque pénal, c'est essentiellement un risque de procédure pénale, c'est-à-dire d'enquête et d'ouverture d'information, alors que celui d'être traduit devant les juridictions correctionnelles, *a fortiori* d'être condamné, est minime.

Si le sentiment du corps médical est pourtant celui d'une insécurité judiciaire, c'est surtout parce que les enquêtes sont contraignantes, nécessitant souvent des auditions multiples et les dossiers d'instruction imposent des interrogatoires au vu des conclusions des rapports d'expertises, contre-expertises, voire des confrontations en cas de pluralité d'interventions fautives. Ce sentiment aussi, il faut bien dire, s'explique aussi par la longueur de ces investigations.

Cela est d'autant plus mal vécu que l'immense majorité des médecins et des professionnels de santé estime se dévouer pleinement à leurs patients : leur mise en cause par ces derniers ou par leurs proches est donc ressentie comme une terrible ingratitude.

Rappelons que seul le cadre de l'information permet d'ordonner des expertises judiciaires qui revêtiront un caractère contradictoire et qu'en cas de classement de leurs plaintes par le parquet, les victimes ont accès au juge d'instruction par la voie de la plainte avec constitution de partie civile.

Mais en définitive, ce double filtre que constituent, d'une part, l'enquête préliminaire puis, le cas échéant, la procédure d'instruction si des suspicions de fautes apparaissent au travers par exemple de l'autopsie ou de la toxicologie, réalisées habituellement sur réquisition du parquet, ce double filtre donc, est une garantie supplémentaire d'examen rigoureux des éléments constitutifs de l'homicide involontaire, de la non assistance à personne en danger voire de la tromperie.

III. Les raisons de cette pénalisation relative

La loi pénale est exigeante. Pour poursuivre pénalement un médecin à la suite d'un accident intervenu dans le cadre des soins, de la prise en charge, ou de l'intervention chirurgicale, il faut démontrer une faute, un lien de causalité certain et un préjudice.

- La certitude du lien de causalité est l'élément constitutif le plus difficile à établir et son absence de démonstration est le motif habituel des non-lieux et des relaxes.

Cette exigence n'est pas nouvelle mais elle a été rappelée par la loi Fauchon en 2000⁹².

Le délit d'homicide involontaire suppose en effet un lien de causalité établi de façon absolue entre la faute et le dommage. Le lien de causalité, en matière pénale, ne peut résulter que de la seule perte de chance de survie.

Le lien de causalité doit réunir l'acte dommageable et le préjudice, homicide ou blessures involontaires, non la simple perte d'une chance.

⁹² Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.



La loi Fauchon a, par ailleurs, obligé le juge, pour retenir la responsabilité pénale en matière de délits involontaires, à qualifier la faute en cas de causalité indirecte, en exigeant la preuve d'un manquement caractérisé ou d'une violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou les règlements.

- S'agissant de la faute, l'erreur de diagnostic ne procédant pas d'une négligence « évidente » ne constitue pas une faute pénale.

Seul le diagnostic fautif est retenu lorsqu'il résulte d'un examen rapide et superficiel ou qu'il procède d'une ignorance grave. L'un ou l'autre n'aboutit fort heureusement pas nécessairement à un dommage. Ces exigences légales limitent l'engagement de la responsabilité pénale.

Je donnerai à cet égard un exemple significatif. Au cours de l'année 2000, en l'espace de cinq mois, une maternité de Calais a connu trois événements dramatiques lors d'accouchements entraînant le décès de trois enfants, dont deux fœtus et de deux mères. Ces affaires ont fait l'objet d'ouvertures de trois informations judiciaires.

La première affaire a abouti à une relaxe, les contre-experts des prévenus ayant, à la barre, démontré qu'une embolie amniotique était un aléa thérapeutique imprévisible et imparable.

La seconde a fait l'objet d'un non-lieu, le juge d'instruction ayant considéré que seule une perte de chance de survie pouvait être retenue au terme de l'expertise médicale et qu'ainsi, il n'y avait pas de lien de causalité certain entre le dysfonctionnement dans le transfert au CHU de la patiente et le décès de celle-ci dû à un « *help syndrome* » ayant entraîné une hémorragie cérébrale.

Seule la troisième affaire a abouti à la condamnation, du chef d'homicide involontaire à la suite du décès de l'enfant après sa naissance, du gynécologue-accoucheur en considération du grand retard qu'il avait apporté à la réalisation de la césarienne rendue pourtant nécessaire par la procidence du cordon.

Ainsi, les décisions de condamnation sont-elles réservées à des situations où le « standard minimal de soins appropriés », compte tenu de l'état de la science n'a pas été apporté au patient et lorsque ce comportement fautif a privé le patient de toute chance de survie, caractérisant alors le lien de causalité certain avec le décès.

Il est à noter un cas particulier, celui des homicides involontaires en lien direct où le soignant fait un geste qui s'avère mortel pour le patient, par exemple l'injection d'une substance à la place d'une autre ou un surdosage.

Les condamnations sont prononcées en proportion de la gravité de la faute, et aussi en proportion des conséquences en termes de lésion ou en fonction du nombre de victimes, les juridictions pénales faisant la différence entre une imprudence ponctuelle et exceptionnelle et des mauvaises pratiques habituelles.

La plupart des peines prononcées est de l'ordre de quelques mois d'emprisonnement avec sursis : 6 mois avec sursis pour l'interne en pédiatrie qui avait injecté du



cordarone à un très jeune enfant, 18 mois avec sursis pour le gynécologue qui n'avait pas voulu pratiquer à temps une césarienne, 10 mois avec sursis pour un médecin anesthésiste de garde qui n'a pas assuré de suivi médical après une opération des amygdales à un enfant de 5 ans, pourtant indispensable compte tenu des risques générés par le soluté perfusé. Sont prononcées quelques rares interdictions professionnelles.

Lorsqu'il s'agit de pratiques fautives récurrentes ayant entraîné des décès en série, les juridictions pénales peuvent prononcer des peines d'emprisonnement fermes, comme le tribunal correctionnel de Paris le 17 mars 2010 – affaire non définitive – dans l'affaire dite de la Clinique du sport. Encore une fois, ces peines d'emprisonnement fermes restent exceptionnelles. Cette affaire avait d'ailleurs été engagée non seulement sur le fondement de l'homicide involontaire mais aussi sur celui de la tromperie sur les qualités substantielles par l'utilisation d'instruments chirurgicaux non stériles et sur la qualification d'omission de porter secours pour n'avoir pas prévenu les patients de l'infection grave et évolutive dont ils étaient porteurs.

Si la création de l'ONIAM a certainement constitué une réponse indemnitare appréciable pour les familles et les patients, en instaurant une prise en charge collective des aléas thérapeutiques, entendus comme des accidents médicaux non fautifs, il est difficile d'affirmer qu'elle a abouti à alléger la recherche de responsabilité médicale sur le terrain pénal, d'autant que les deux options ne sont pas incompatibles entre elles et peuvent donc être mises en œuvre parallèlement.

IV. L'expérience du « pôle santé publique » du tribunal de grande instance de Paris

Pour limiter le recours à la plainte avec constitution de partie civile, après classement ou la contestation du classement, les « pôles santé publique » ont développé une meilleure communication à l'égard des familles de victimes.

C'est ainsi qu'à Paris, chaque année, le parquet adresse 25 à 30 lettres pour expliciter la décision de classement de l'enquête en invitant les familles à un rendez-vous avec le médecin-assistant spécialisé du pôle et un magistrat du parquet. En général, une demi-douzaine de rendez-vous est sollicitée par an.

Il a par ailleurs été établi que les grands hôpitaux qui pouvaient mobiliser des médiateurs susceptibles de recevoir les familles limitaient *ipso facto* les réclamations et les recours à la justice.

Ces démarches sont bien évidemment positives parce qu'elles introduisent du lien dans les problématiques scientifiques et judiciaires. Bien sûr, ce sont la science médicale et l'application de la loi qui guident notre appréciation et notre action, mais encore faut-il prendre le temps, choisir le moment, sélectionner les communicants pour expliquer la complexité respective de nos exercices professionnels.

Le droit pénal exige des certitudes quant au lien de causalité avec le résultat incriminé, qui s'inscrit, et cela est salutaire pour la profession médicale, dans un autre registre que la logique strictement indemnitare.



Il demeure néanmoins un espace bien réel mais exceptionnel de la responsabilité médicale qui vise à incriminer les médecins dangereux pour leurs patients, dont les diagnostics sont effectués sans les diligences nécessaires, dont les surveillances post-opératoires sont défailtantes voire inexistantes, dont les gestes chirurgicaux ne respectent pas les bonnes pratiques. Concernant ces praticiens, il est juste et nécessaire qu'ils rendent des comptes dans le cadre d'une audience pénale qui, d'ailleurs, leur assure une procédure contradictoire, car les experts qui ont incriminé leurs manquements pouvant être cités pour déposer devant la juridiction de jugement et développer leurs conclusions.

Cependant, la justice doit faire un effort pédagogique particulier afin d'expliquer que les condamnations des professionnels de santé soient réservées aux cas précités qui, somme toute, sont des cas exceptionnels, afin que ne s'installe pas dans l'esprit des médecins de notre pays l'idée que choisir une spécialité exposée - obstétricien, chirurgien, anesthésiste-réanimateur, urgentiste - les conduirait inexorablement au cours de leur carrière devant un tribunal correctionnel. Faute de quoi, c'est toute l'architecture de notre offre de soins qui s'en trouverait bouleversée dans les années à venir, avec des spécialités d'autant plus désertées que par ailleurs ce sont celles qui présentent les contraintes les plus importantes et qui génèrent le stress professionnel le plus fort.

Un premier pas en ce sens a été fait par l'ENM qui propose depuis quelques années une formation continue commune entre magistrats et médecins intitulée « *justice et médecine : un dialogue nécessaire* ».

Je crois que le dialogue d'aujourd'hui et de demain œuvre aussi dans ce sens.

Christian Raysseguier

*Premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation,
Président de la table ronde*

Nous venons donc d'avoir le regard d'un magistrat pénaliste, spécialiste mais aussi de terrain, qui est au cœur des procédures traitées par les juridictions du fond. Ce regard était aussi, d'une certaine façon, appuyé par des chiffres venant « tordre le cou » à certaines vérités qui ont la vie dure. Mme Champrenault nous a ainsi dit que le risque pénal craint par la profession médicale est beaucoup plus un risque d'être visé par une procédure pénale que véritablement un risque de condamnation effective ou définitive sur le plan pénal.

Après cette présentation du procureur, il nous a paru intéressant de demander à M. le conseiller Blondet, qui représente la chambre criminelle de la Cour de cassation, de nous présenter l'état actuel de la jurisprudence sur cette question de la responsabilité pénale, l'évolution des contentieux, en tout cas telle qu'il les perçoit, en insistant sur les incidences des dispositions législatives ayant restreint le champ de la responsabilité ou qui encadrent ses éléments constitutifs telles que la loi du 10 juillet 2000 soumettant la responsabilité de l'auteur indirect du dommage à l'exigence d'une faute qualifiée ou d'une faute caractérisée.

En effet, ceci a déjà été dit dans cette salle, depuis la loi du 10 juillet 2000, le lien de causalité organise en quelque sorte l'architecture de la responsabilité pénale en matière non intentionnelle : c'est par lui que se réalise l'essentiel de ce qui s'assimile, en quelque sorte, à une dépenalisation, puisque, selon que la causalité est directe ou indirecte, les exigences quant à la faute ne sont plus tout à fait les mêmes.

Henri Blondet

Conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Fort de sa riche expérience au pôle de santé publique de Paris, Mme le procureur Champrenault nous a apporté plusieurs éléments intéressants qui permettent de relativiser le risque de poursuites pénales auquel sont exposés les professionnels et les établissements de santé.

Je souhaiterais pour ma part souligner, au vu de l'analyse de la jurisprudence de la chambre criminelle, deux traits fondamentaux de l'évolution récente de la responsabilité pénale des professionnels et des établissements de santé : la persistance d'une prévalence du risque pénal dans l'activité médicale ; le bénéfice collatéral pour les professions de santé d'une dépenalisation conçue par le législateur dans l'intérêt des décideurs publics.

I. La prévalence du risque pénal dans l'exercice des activités de soins

A. L'absence de disposition générale assurant l'impunité des professionnels de santé

En effet, les dispositions du droit pénal spécial qui, conformément au principe de légalité, définissent et punissent avec précision les éléments constitutifs de chaque infraction, ont un caractère général et impersonnel et s'appliquent uniformément aux justiciables, en l'absence de toute considération pour leur situation personnelle.

Le médecin qui fait une piqûre ou qui prescrit un médicament, le chirurgien qui extrait un organe malade, pour prendre des exemples élémentaires d'intervention, portent volontairement atteinte à l'intégrité physique du patient. Cette atteinte, dans son élément matériel, répond nécessairement aux prévisions de l'un ou l'autre des textes d'incrimination de la deuxième section du deuxième chapitre du livre II ou de la partie réglementaire du code pénal consacrée « *aux atteintes volontaires ou involontaires à l'intégrité physique ou psychique de la personne* » : incapacité totale de travail définie très précisément par le code pénal⁹³, mutilation ou infirmité permanente⁹⁴, administration de substances nuisibles⁹⁵, la liste est longue.

Les critères médico-légaux de ces infractions peuvent eux-mêmes constituer les circonstances aggravantes d'autres infractions. Certaines circonstances, telles que la vulnérabilité de la victime ou le caractère habituel des violences, la torture ou les actes de barbarie, sont de nature à aggraver la responsabilité pénale de leurs auteurs.

93 Art. 222-11 et 222-19 du code pénal.

94 Art. 222-9 du code pénal.

95 Art. 222-15 du code pénal.

Or le code pénal et le code de procédure pénale ne contiennent pas de texte accordant expressément aux médecins et aux chirurgiens une impunité pour les atteintes qu'ils sont conduits à porter à l'intégrité physique des patients dans l'exercice de leur profession. Le fondement de cette impunité ne se trouve pas non plus dans le consentement du patient : il est en effet de principe que l'accord de la victime n'est pas une cause de justification de l'agent de l'infraction.

B. Portée de l'article 122-4 du code pénal

Qu'est-ce qui justifie les atteintes à l'intégrité d'autrui effectuées par les professionnels de santé ? En réalité, c'est tout simplement l'autorisation ou l'ordre de la loi, fait justificatif ou cause d'irresponsabilité, prévue par l'article 122-4 du code pénal aux termes duquel « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* » ou celle « *qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ».

Pour reprendre la formule de Corinne Mascala, « *l'organisation légale de la profession médicale, les études et les titres réglementés qui permettent de l'exercer doivent faire considérer que les médecins et les chirurgiens bénéficient, pour les homicides et les blessures qui peuvent résulter des traitements médicaux et des opérations chirurgicales, du fait justificatif constitué par l'autorisation de la loi* »⁹⁶.

Le bénéfice de ce fait justificatif ne peut être utilement invoqué par les praticiens que s'ils ont respecté non seulement les règles déontologiques applicables à la profession mais aussi, bien sûr, les dispositions de plusieurs lois récentes qui ont eu pour objet de promouvoir le respect dû au corps humain et de préciser les droits des usagers du système de santé.

Tous ces textes forment maintenant les matériaux de ce que Mme le professeur Thouvenin a pu appeler « *la construction d'une atteinte légitime au corps humain* »⁹⁷ et il y a une sorte de corrélation entre les principes civils et déontologiques et autant d'obligations qui sont pénalement sanctionnées. Des dispositions nombreuses peuvent éventuellement être appliquées aux médecins.

L'action publique contre des professionnels de santé doit être exercée avec le plus grand discernement dans la mesure où ils sont chargés des plus hautes missions d'intérêt général, la préservation de la santé d'autrui.

C'est donc dans ce cadre que nous devons apprécier le cas échéant leur responsabilité pénale.

II. Vers une dépenalisation du droit médical

Je voudrais aussi souligner, M. Raysseguier le disait, qu'il y a une dépenalisation générale qui s'applique au droit médical. Je ne parlerai pas tant de la loi du 4 mars 2002, qui occupe essentiellement nos débats, que des lois du 13 mai 1996⁹⁸ et

96 C. Mascala JCl. pénal, art. 122-4 à 122-7, fasc. unique : « *Faits justificatifs* », n° 28 et s.

97 « *Le corps humain saisi par la justice* », Dalloz, mai 2001, p. 113.

98 Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.



du 10 juillet 2000⁹⁹. Ces lois, qui visaient à une réduction de la pression pénale en matière de délits non intentionnels ont-elles contribué à une véritable dépenalisation du droit médical ?

Je ne crois pas qu'il existe d'analyse statistique précise à cet égard. Le contentieux de la chambre criminelle ne me paraît pas en tout cas avoir connu de baisse significative, mais cela tient sans doute précisément à l'effet de la nécessité d'interpréter ces lois frappées de désuétude et de faire évoluer la jurisprudence antérieure.

La construction jurisprudentielle de la responsabilité pénale de l'auteur d'une faute non intentionnelle reposant en fait sur la faute même la plus légère a été remise en cause par ces deux lois

A. La loi du 13 mai 1996 et l'appréciation in concreto

L'objectif de cette loi était d'inviter les juges à un examen concret et non plus abstrait des conditions dans lesquelles s'est produit le dommage : le délit non intentionnel n'est constitué, selon l'alinéa 3 de l'article 121-3 du code pénal qui est issu de cette loi, que « *s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir ou des moyens dont il disposait* ».

Autrement dit, la faute de l'agent doit être analysée dans son contexte, par référence au comportement que l'on peut attendre d'un praticien, d'une diligence ou d'une compétence normales dans des conditions comparables.

Cette loi, à mon sens, était et reste tout à fait adaptée à la recherche de la manifestation de la vérité notamment en matière de responsabilité médicale : elle permet en particulier de ne pas limiter la recherche des causes de l'accident en milieu hospitalier notamment au cercle étroit de l'équipe médicale mais de l'étendre aux agents chargés de l'allocation des moyens techniques et humains qui sont fournis à l'équipe. Malheureusement, la nouvelle loi du 10 juillet 2000 est intervenue avant même que les premières interprétations jurisprudentielles de ce texte aient pu être évaluées.

B. La loi du 10 juillet 2000 et la dépenalisation partielle du comportement de l'auteur indirect du dommage

Les juges lui ayant paru, à l'analyse de quelques décisions concernant des élus locaux, ne pas s'être départis de leur tendance à une analyse abstraite du comportement des prévenus¹⁰⁰, le législateur de 2000, plus radical, a remodelé la faute d'imprudence en complétant l'article 121-3 du code pénal par un quatrième alinéa selon lequel « *dans le cas prévu par l'alinéa qui précède [autrement dit, si*

99 Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

100 Cass., crim., 2 avril 1997, pourvoi n° 95-85564, Bull. n° 132 ; Cass. crim., 24 juin 1997, pourvoi n° 96-82424, Bull. n° 251 ; Cass. crim., 29 juin 1999, pourvoi n° 98-81413, Bull. n° 163 ; Cass., crim., 9 novembre 1999, pourvoi n° 98-87432, Bull. n° 250 ; à comparer : ch. d'acc. d'Amiens, 9 mai 2000, GP 2000, p. 1413, note Serge Petit.



une imprudence, une négligence ou un manquement, accompagné d'un défaut d'accomplissement des diligences normales - c'est la loi de 1996 - sont établis, ces lois se stratifient], *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ».

La loi pénale juxtapose ainsi deux régimes de la faute non intentionnelle :

- le premier s'applique à l'auteur direct du dommage et à la personne morale (soit, en matière médicale, la société ou l'établissement public représentant la clinique ou l'hôpital) qui restent responsables pénalement de leur faute simple à condition, bien entendu, que celle-ci entretienne un lien de causalité avec le dommage et que le prévenu n'ait pas accompli les diligences normales définies par la loi de 1996 ;

- le second s'applique à la personne physique, auteur indirect du dommage, dont la culpabilité ne peut être retenue qu'à la condition qu'elle ait « *soit violé de façon manifestement délibérée une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer* »¹⁰¹.

Les juges du fond doivent donc, en application de l'article 121-3 du code pénal dans sa rédaction actuelle, opérer deux contrôles.

Le premier, comme auparavant et plus que jamais, est celui du caractère non intentionnel de l'infraction. Il vise à qualifier *l'existence d'un lien de causalité* entre la faute relevée contre le professionnel et le dommage, ainsi que le défaut d'accomplissement des diligences normales.

Le second, en application de la loi du 10 juillet 2000, est celui de la caractérisation de la faute de l'auteur indirect de l'infraction. Il vise à qualifier *la nature du lien de causalité*, direct ou indirect, entre la faute de l'agent et le dommage et, dès lors que ce lien est indirect, à examiner la faute du prévenu au regard des critères d'aggravation prévus par ce texte.

Nous les verrons successivement.

1. Le contrôle de la qualification de l'infraction non intentionnelle du praticien ou de l'établissement de santé

Quel a été le contrôle de la qualification de l'infraction non intentionnelle du praticien ou de l'établissement de santé ? Plusieurs arrêts de la chambre criminelle ont permis rapidement d'évaluer le contrôle qu'elle exerçait depuis la réforme sur les opérations de qualification, du lien de causalité puis de la faute.

Le grand problème a été la qualification du lien de causalité. Est-il direct ou indirect ?

101 Art. 121-3 alinéa 4 du code pénal.



On soulignera d'abord que la loi, en n'imposant pas aux juges de s'interroger sur le caractère direct ou indirect de la faute de la personne morale et du dommage, les incite à poursuivre les établissements privés ou publics ou les collectivités territoriales au lieu des personnes physiques qui les dirigent ou de leurs préposés. Je pense que Maître Holleaux dira quelques mots tout à l'heure sur cette question.

Les condamnations de personnes morales qui gèrent des établissements hospitaliers, publics ou privés, sont encore rares¹⁰² mais les poursuites devraient progresser. Il convient toutefois de souligner que le législateur a soumis la démonstration de la responsabilité pénale des personnes morales à la condition que l'infraction ait été commise pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Or, la jurisprudence de la chambre criminelle est un peu fluctuante sur ce point. Elle a d'abord énoncé qu'ont la qualité de représentants au sens de l'article 121-2 du code pénal, les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires en raison d'une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ou d'une subdélégation de pouvoirs d'une personne déléguée par ces mêmes organes, c'est un arrêt de 2001¹⁰³.

Elle a ensuite apporté un tempérament très fort à cette exigence en concédant qu'il ne saurait être reproché à une cour d'appel de déclarer une société coupable du délit d'homicide involontaire sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit, dès lors que l'infraction, a-t-elle dit, n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants¹⁰⁴. C'était affaiblir véritablement le dispositif de l'article 121-2 précité.

Mais tout récemment, sans doute stimulée par les réflexions qu'elle avait pu faire à l'occasion de l'examen d'une question prioritaire relative à la constitutionnalité de l'article 121-2 du code pénal qu'elle n'a pas transmise au Conseil constitutionnel¹⁰⁵, la chambre criminelle revient à une interprétation plus stricte de la condition de la représentation de la personne morale : elle casse l'arrêt qui ne s'est pas suffisamment expliqué sur l'existence effective d'une délégation de pouvoirs et sur le statut et les attributions des agents mis en cause propres à en faire des représentants de la personne morale¹⁰⁶.

Quoiqu'il en soit, le contentieux de la responsabilité pénale des personnes morales qui exploitent des hôpitaux ou cliniques reste limité¹⁰⁷.

Nombreux en revanche sont les professionnels de santé, personnes physiques, qui se sont défendus, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000, d'avoir causé directement l'homicide ou les blessures involontaires de leurs patients. Or, ils ont pu être déçus par une jurisprudence qui a limité le domaine de la causalité indirecte. Quelques principes pouvaient en effet être énoncés à l'analyse des premières décisions de la chambre criminelle.

102 Cass., crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543, Bull. n° 49.

103 Cass., crim., 26 juin 2001, pourvoi n° 00-83466, Bull. n° 161.

104 Cass., crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-85255, Bull. n° 188.

105 Cass., crim., 27 avril 2011, pourvoi n° 11-90007, Bull. n° 64.

106 Cass., crim., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-87212, Bull. n° 202.

107 Sur la responsabilité pénale des cliniques ou des hôpitaux : Marie-Laure Moquet-Anger, *Droit hospitalier*, LGDJ, 2010, p. 479 à 490.



Premier principe, l'antériorité de l'état de grossesse ou de l'état pathologique, qui justifie dans la plupart des cas l'admission du patient à l'hôpital ou sa consultation d'un professionnel de santé, n'est pas nécessairement analysée comme une cause première du dommage conférant *ipso facto* le statut d'une cause indirecte à la faute du praticien. La personne est entrée à l'hôpital parce qu'elle avait besoin de soins, parfois urgents, il n'empêche que pour autant la faute qui sera ensuite commise par le praticien n'est pas indirecte selon la Cour de cassation.

Je citerai ainsi l'arrêt qui énonce que le gastro-entérologue, le chirurgien spécialiste et le chirurgien de garde qui ont différé l'intervention, justifiée par l'état du patient hospitalisé en urgence pour une hémorragie digestive aiguë. Ces médecins ont commis des « *fautes essentielles et déterminantes qui ont directement causé le décès, dû à l'état d'hypoxémie ayant provoqué l'arrêt cardio-respiratoire à l'origine d'une décérébration irréversible, le processus mortel étant engagé avant même la décision de procéder à l'intervention chirurgicale* »¹⁰⁸.

Quelques arrêts plus récents permettent d'envisager une analyse plus favorable aux professionnels de santé, selon laquelle le développement de la maladie serait la cause directe du dommage et la faute du professionnel de santé, la cause indirecte.

Ainsi, la chambre criminelle désapprouve-t-elle la cour d'appel qui, pour déclarer un médecin spécialiste en endocrinologie coupable d'homicide involontaire, a retenu que, consulté en urgence par une patiente présentant le tableau clinique d'un risque d'évolution vers un coma diabétique mortel, ce médecin avait, en se bornant à prescrire par ordonnance des examens sanguins de dosage de la glycémie, causé directement le dommage. Selon la Cour de cassation, en n'ayant pas pris les mesures permettant d'éviter le dommage, le médecin en est l'auteur indirect. Pour autant, la juridiction de contrôle trouve toutefois dans les constatations de l'arrêt des éléments suffisants à établir que le prévenu a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer¹⁰⁹.

Deuxième principe, le fait que le prévenu soit intervenu pour réparer les conséquences d'un premier accident, fût-il thérapeutique, dont il n'est pas responsable, n'interdit pas aux juges correctionnels d'énoncer que sa faute est la cause directe du dommage.

Ainsi, la pédiatre de service à laquelle l'obstétricien a confié un nouveau-né accouché aux forceps et présentant notamment des lésions à la face a, en limitant son attention aux seules lésions oculaires ou orthopédiques, en négligeant le risque majeur d'extension rapide d'un hématome apparent et en omettant de mettre en place une surveillance médicale adaptée, commis une faute en relation de causalité directe avec ce décès qui aurait pu être évité si l'enfant avait été transféré à temps dans un service spécialisé. Elle a tout de même reçu un enfant qui était gravement blessé¹¹⁰.

Enfin, troisième élément que l'on peut dégager de cette jurisprudence de la Cour de cassation, le fait que la mort du patient se soit produite dans un autre

108 Cass., crim., 5 mai 2005, pourvoi n° 04-85503 (rejet), inédit au Bull.

109 Cass., crim., 12 septembre 2006, pourvoi n° 05-86700 (rejet), Bull. n° 219.

110 Cass., crim., 13 novembre 2002, pourvoi n°01-88462, Bull. n° 203.



service, notamment bien sûr dans un service de réanimation, ou dans un autre établissement que celui où la faute reprochée au prévenu est relevée et après l'écoulement d'un délai quelconque, n'interdit pas de considérer cette faute comme la cause directe du dommage.

Ainsi, en choisissant de pratiquer un accouchement aux forceps, alors que cette technique d'extraction n'était pas justifiée par la situation, et en procédant à des efforts de traction fœtale violents et répétés qui ont causé au nouveau-né une fracture de la voûte du crâne avec enfoncement à l'origine de lésions cérébrales irréversibles, l'obstétricien a, par sa faute, directement causé le décès de l'enfant, intervenu une dizaine de jours plus tard dans un autre établissement à la suite d'une décision éthique d'interrompre la réanimation¹¹¹.

L'interprétation de la loi Fauchon pourrait ainsi lentement évoluer vers une appréciation plus favorable aux professionnels de santé, dont l'intervention est le plus souvent postérieure à la manifestation de la maladie ou à l'état de grossesse qui la justifie.

En revanche, la position du praticien mis en cause dans l'organigramme du service hospitalier ou de l'équipe médicale est un critère essentiel du choix des juges entre les deux régimes de la causalité. Un arrêt de la Cour de cassation rendu peu après l'entrée en vigueur de la loi illustre bien ce point : il annule, sur le pourvoi du chef du service de réanimation d'un centre hospitalier universitaire, et sur le moyen relevé d'office de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, un arrêt qui avait déclaré celui-ci coupable, avec un interne en médecine spécialisée et un interne en médecine générale stagiaire, des lésions cérébrales irréversibles subies par une patiente atteinte de méningo-encéphalite à la suite des manœuvres maladroites de l'interne-stagiaire, dernier en grade, pour lui replacer une sonde d'intubation dans l'œsophage qui s'était détachée au cours de son transfert vers le service de radiologie.

L'arrêt annulé appliquait le principe de l'équivalence des conditions et retenait à la charge tant du médecin, chef d'un service mal organisé, que des deux internes, une faute en relation avec le dommage.

La nouvelle rédaction de l'article 121-3 du code pénal a imposé un réexamen de la responsabilité pénale du chef de service qui ne peut désormais être condamné que si sa faute répond aux prévisions de l'alinéa 4 de ce texte¹¹².

Cette décision répondait tout à fait à l'intention prêtée au législateur par l'un des premiers commentateurs de la loi : en renforçant la difficulté d'incriminer le comportement de titulaires de l'autorité agissant par l'intermédiaire d'autrui (maire, gradé de l'armée, chef d'entreprise, chef de service, chef de clinique), la loi du 10 juillet 2000 attribue un rang éminent à ceux-là même que la responsabilité civile s'efforce de préserver des conséquences de leur situation subordonnée (employé communal, deuxième classe, infirmière, ouvrier, « sans grade »)¹¹³.

111 Cass., crim., 23 octobre 2001, pourvoi n°01-81030, Bull. n° 217.

112 Cass., crim., 5 septembre 2000, pourvoi n° 99-82301, Bull. n° 262.

113 P. Conte, « *Le lampiste et la mort* », Droit pénal, janv. 2001, p. 10.



Cette analyse mérite cependant d'être nuancée. Par un arrêt du 10 février 2009, la chambre criminelle a cassé, sur le, pourvoi des parties civiles, ayants-droit d'une patiente décédée, l'arrêt d'une cour d'appel qui les avait déboutées de leurs demandes après relaxe tant de l'interne qui lui avait perforé l'aorte en incisant la peau sous l'ombilic pour introduire l'aiguille de Palmer en vue d'une coelioscopie à visée diagnostique, que du gynécologue en présence duquel l'interne avait commis cette maladresse.

La cour d'appel avait jugé que le gynécologue, auteur indirect du dommage, n'avait pas commis de faute en ne diagnostiquant pas l'hémorragie massive provoquée par la maladresse de l'interne, auteur direct du dommage. « *En se déterminant ainsi* », énonce la Cour de cassation, « *sans rechercher si le prévenu, auquel il incombait de contrôler l'acte pratiqué par l'interne, n'avait pas commis une faute entretenant un lien direct de causalité avec la mort de la patiente, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* »¹¹⁴.

Il convient de rappeler ici que, selon l'article R. 6153-3 du code de la santé publique, « *l'interne en médecine exerce des fonctions de prévention, de diagnostic et de soins, par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relève* ».

2. Le contrôle de la qualification de la faute caractérisée de l'auteur indirect

Le contrôle de la Cour de cassation sur la qualification de la faute caractérisée de l'auteur indirect est beaucoup plus léger que celui qu'elle exerce sur le lien de causalité entre la faute et le dommage. Dès lors, l'effet dépenalisant de la loi n'est pas très important.

Je voudrais aussi souligner que d'aucuns cherchent à introduire dans le domaine de la responsabilité médicale, une incrimination qui présente des caractéristiques différentes de celles des infractions non intentionnelles, en ce sens que l'élément matériel, le dommage, n'y a plus la même importance. Cette infraction est la « *mise en danger d'autrui* ». L'article 223-1 du nouveau code pénal en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994 punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « *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* ».

Un certain nombre de victimes d'accidents médicaux ou leurs avocats ont tenté de faire de cette incrimination l'instrument d'une répression pénale d'actes médicaux en l'absence de démonstration d'un lien de causalité certain entre la faute et le dommage ou même en l'absence de tout dommage. On cherchait ainsi à faire dire que l'obligation particulière de sécurité qui avait été négligée était l'un des textes du code de déontologie. La chambre criminelle a refusé d'entrer dans ces considérations : celles-ci se sont heurtées à la jurisprudence, qui refuse d'attribuer aux obligations déontologiques des professionnels de santé le caractère particulier qu'exige ce texte.

114 Cass., crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-80679, Bull. n° 33.



Mais récemment, elle a pu approuver la condamnation pour mise en danger d'autrui d'un médecin gynécologue qui pratiquait des traitements de stimulation ovarienne sans être en possession de l'évaluation préalable d'une équipe pluridisciplinaire ainsi que des bilans clinique, sanitaire et diagnostique prévus non seulement par l'article L. 2141-1 du code de la santé publique mais aussi par l'arrêté du 12 janvier 1999¹¹⁵. On a là une obligation particulière de sécurité et de prudence.

Selon l'arrêt, « *les traitements de stimulations ovariennes réalisés à de fortes posologies pouvaient entraîner un risque mortel d'hémorragie, d'épanchement liquidien intra-abdominal, de phlébite ou d'embolie pulmonaire* »¹¹⁶. Voilà donc un cas de mise en danger d'autrui en matière médicale où la condamnation a été approuvée par la chambre criminelle, mais on voit que le dommage ne s'est pas réalisé et il ne résulte que de la représentation que s'en font les juges.

Le sénateur Fauchon, rapporteur de la loi du 10 juillet 2000, préoccupé par les conséquences négatives de cette loi pour la cause de victimes de catastrophes sanitaires qu'ont causées l'administration de sang contaminé ou celle de produits issus de l'hormone de croissance, a présenté, avec deux collègues, au début de l'année 2011, une proposition de loi tendant à modifier les termes de l'article 223-1 du code pénal et finalement à étendre la répression que permet ce texte¹¹⁷.

Alors que ce texte n'incrimine que la violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, il s'appliquerait en outre, selon cette proposition de loi, aux auteurs d'une « *faute d'imprudence grave et qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité* » qu'ils ne pouvaient ignorer. On retrouve là la formule dont je vous ai parlé tout à l'heure à propos des blessures et de l'homicide involontaire.

Christian Raysseguier

*Premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation,
Président de la table ronde*

Merci M. le conseiller pour ce panorama très complet et cette analyse éclairante de la jurisprudence qui est pourtant parfois laborieuse de la chambre criminelle.

Cette conscience ou cette crainte du risque qui habite le médecin dans l'exercice de son activité ou de son art, au choix, vise au premier chef le risque de se voir appelé devant les juridictions pénales. Elle englobe aussi la crainte d'avoir à rendre des comptes devant ses pairs, devant la juridiction ordinaire, laquelle a à sa disposition tout un panel de mesures non négligeables.

Nous avons vu ce qu'il en était de la responsabilité pénale, qu'en est-il donc de la responsabilité disciplinaire ? Mme le conseiller Roul, présidente suppléante de la chambre disciplinaire nationale, est particulièrement habilitée à nous répondre et

115 Arrêté du 26 novembre 1999 relatif à la bonne exécution des analyses de biologie médicale, JORF n° 287 du 11 décembre 1999 page 18441, texte n° 4.

116 Cass., crim., 29 juin 2010, pourvoi n°09-81661, Bull. n° 120.

117 Proposition de loi n°223, relative à la délinquance d'imprudence et à une modification des dispositions de l'art. 223-1 du code pénal instituant le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui ».

nous éclairera notamment sur l'impact de la loi Kouchner, loi cardinale relative aux procédures disciplinaires et peut-être aussi sur l'articulation de ces dernières avec les procédures suivies devant les juridictions pénales.

Anne-Françoise Roul

*Conseiller d'État, assesseur à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux,
présidente suppléante de la chambre disciplinaire nationale
de l'Ordre des médecins*

Comme vous l'avez dit tout à l'heure, malheureusement le docteur Faroudja ne pourra pas être parmi nous, mais il avait son intervention et donc avec son accord, j'intercalerai dans ma présentation les passages de sa propre intervention. Je vous signalerai le moment venu ce qui doit lui être attribué.

Les professionnels qui appartiennent à une profession de santé organisée en ordre sont soumis à une juridiction disciplinaire placée auprès de cet ordre. Il en va ainsi bien sûr de la profession de médecin mais aussi de chirurgien-dentiste ou de sage-femme pour lesquelles l'organisation des juridictions disciplinaires relève de règles identiques. Plus récemment, des juridictions disciplinaires ont été créées pour les masseurs-kinésithérapeutes et les infirmiers après une histoire mouvementée puisque des juridictions avaient été créées à ce titre sans être mises effectivement en place, je pense notamment à la loi du 4 février 1995¹¹⁸ et également à la loi Kouchner du 4 mars 2002. Ce n'est que sur le fondement de la loi du 9 août 2004¹¹⁹ que ces juridictions ont pu être effectivement créées et fonctionnent désormais. Enfin, les pharmaciens sont également organisés en ordre et soumis à une juridiction ordinaire mais qui est organisée de façon originale. Il ne sera pas possible, dans le temps limité de ce colloque, d'approfondir ces particularités de la juridiction disciplinaire de l'ordre des pharmaciens.

J'examinerai donc essentiellement la juridiction disciplinaire de l'ordre des médecins puisque les autres juridictions disciplinaires des professions de santé, à l'exception de celle des pharmaciens, sont organisées sur le même modèle.

Très brièvement, une remarque liminaire, les juridictions disciplinaires ordinaires comprennent deux niveaux : d'une part, l'échelon disciplinaire de première instance placé auprès des conseils régionaux de l'ordre, d'autre part, la chambre disciplinaire nationale placée auprès du conseil national et un, pourvoi en cassation devant le Conseil d'État peut être exercé.

Deux grands thèmes ont été retenus pour ce colloque. D'abord, le cheminement de la plainte, depuis son enregistrement jusqu'au dernier jugement, au regard des réformes récentes de procédures. Puis, seront abordées quelques questions d'interférence entre les juridictions disciplinaires et notamment la juridiction pénale mais aussi la juridiction civile ou d'autres juridictions.

¹¹⁸ Loi n° 95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social.

¹¹⁹ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

I. Le cheminement de la plainte

Première question. Qui peut former une plainte ? Et selon quelle procédure ? Il y a en réalité deux catégories de plaignants¹²⁰ et deux catégories de médecins poursuivis¹²¹.

- Deux catégories de plaignants.

Certains plaignants ont le droit de saisir directement la juridiction disciplinaire : le conseil national de l'ordre, le conseil départemental de l'ordre au tableau duquel le médecin poursuivi est inscrit, le ministre chargé de la santé, le préfet du département d'inscription du médecin, le directeur général de l'ARS¹²² du ressort du département d'inscription, le procureur de la République du tribunal de grande instance du ressort du département d'inscription, les syndicats et les associations de praticiens.

D'autres personnes peuvent engager une action disciplinaire mais elles ne peuvent pas saisir directement la juridiction disciplinaire. Leur plainte doit transiter par le conseil départemental au tableau duquel est inscrit le médecin poursuivi et elle doit donc être adressée au conseil départemental. Ce sont essentiellement les patients ou leurs familles lorsque les patients sont décédés mais ce peut être aussi notamment les organismes de sécurité sociale.

Lorsque la plainte doit transiter par le conseil départemental, celui-ci doit organiser une conciliation, c'est un apport de la loi Kouchner du 4 mars 2002¹²³. A cet effet, une commission de conciliation est instituée auprès de chaque conseil départemental et comprend au moins trois membres du conseil départemental. Les membres de la commission de conciliation sont élus par le conseil départemental en son sein. Le plaignant et le praticien poursuivi doivent être convoqués devant cette commission dans le délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte.

A l'issue de la réunion de conciliation, un procès-verbal de conciliation ou de non conciliation est signé. Si la conciliation a échoué, le conseil départemental doit transmettre la plainte à la juridiction disciplinaire de première instance dans le délai de trois mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte.

Selon le docteur Faroudja « il est heureux que le code de la santé publique prévoit une conciliation par le conseil départemental, conciliation désormais indispensable sous peine d'irrecevabilité devant la chambre de première instance. Ces conciliations sont organisées en présence des parties et de leur conseil s'ils le souhaitent, au siège des conseils par une commission ad hoc dont le fonctionnement est prévu par le code.

Ces procédures d'écoute contradictoire permettent aux « belligérants » de se rencontrer, de revoir les circonstances qui ont conduit au dépôt de la plainte et très souvent de faire comprendre qu'il n'y a pas lieu de poursuivre sous peine de s'exposer éventuellement et ultérieurement à la qualification de plainte abusive.

120 Art. R. 4126-1 du code de la santé publique.

121 Art. L. 4124-2 du code de la santé publique.

122 Agence régionale de santé.

123 Art. L. 4123-2 et R. 4123-18 à R. 4123-21 du code de la santé publique.



Des échanges sereins, des explications claires permettent souvent d'effacer les conflits qui n'auraient peut-être pas eu lieu si les parties s'étaient parlées en temps opportun.

A l'issue des rencontres, un procès-verbal de conciliation ou de non conciliation est signé et conduit le conseil départemental à décider en séance plénière de l'envoi du dossier devant la chambre de première instance de la région considérée. Le département peut ou non s'y associer, il peut aussi déférer le médecin en cas de manquements déontologiques avérés même si le plaignant retire sa plainte.

Lors de ces conciliations, il est important pour les conseillers de ces commissions, après avoir analysé les motifs de plainte, après avoir entendu les parties, de savoir éventuellement les inciter à se tourner vers les assurances en responsabilité civile professionnelle, susceptibles de répondre aux questions matérielles, techniques et extra-déontologiques du problème posé.

Il est opportun de leur rappeler que l'erreur médicale n'est pas forcément coupable, que l'aléa thérapeutique peut relever d'autres procédures de réparation comme l'ONIAM. Car quoique disent très souvent les plaignants « parce que je ne veux pas que cela se reproduise pour quelqu'un d'autre », ce n'est pas toujours une réparation morale qu'ils souhaitent mais bien une indemnisation matérielle.

A ce titre, la responsabilité civile professionnelle peut être plus adéquate que l'ordre pour répondre à leurs attentes. D'ailleurs, si les plaignants savaient que les juridictions disciplinaires n'ont ni à connaître ni à satisfaire ces revendications, le nombre de plaintes diminuerait.

Il revient peut-être aussi à ces conseillers ordinaires d'expliquer ce qu'est une non-assistance, une perte de chance, termes trop souvent utilisés à tort et à travers. »

J'abandonne le docteur Faroudja et je reviens à mon propre commentaire. Le conseil départemental n'est pas un simple organe de transmission dès lors qu'il doit émettre un avis motivé sur la plainte et qu'il peut décider en outre de s'associer à la plainte. Dans ce cas, quand il s'associe, on regardera la juridiction disciplinaire comme saisie de deux plaintes, indépendantes l'une de l'autre. Le conseil départemental peut d'ailleurs, même si le plaignant abandonne sa plainte à l'issue de la réunion de conciliation, saisir la juridiction disciplinaire d'une plainte en son nom puisqu'il est au nombre des personnes qui peuvent saisir directement la juridiction disciplinaire.

Il faut remarquer aussi que le conseil départemental joue dans la procédure un rôle d'organe purement administratif et non pas juridictionnel : son objet est de tenter d'éviter la saisine de la juridiction disciplinaire par des plaintes mal fondées voire abusives. Il n'a qu'un pouvoir de persuasion. La loi ne lui a en effet pas donné le pouvoir de faire obstacle à une plainte puisqu'en cas de carence du conseil départemental à organiser la conciliation ou à saisir la juridiction disciplinaire, le plaignant qui persiste dans sa plainte peut demander au président du conseil national de l'Ordre, toujours organe administratif, de transmettre sa plainte à la juridiction disciplinaire. Le président du conseil national dispose d'un délai d'un mois pour procéder à cette transmission, qu'il est tenu d'effectuer.



Il est intéressant d'ailleurs de noter que la procédure applicable aux pharmaciens en cas de plaintes présente une différence notable. Le conseil régional de l'ordre, organe administratif, est doté du pouvoir de ne pas transmettre à la juridiction disciplinaire les plaintes qui émanent de certaines catégories de plaignants, et notamment les plaintes des pharmaciens contre des confrères ou les plaintes des clients des pharmaciens.

Je reviens à présent aux médecins pour préciser que la procédure de conciliation ne s'applique qu'aux plaignants tels les patients et leurs familles qui n'ont pas le pouvoir de saisir la juridiction disciplinaire. Les autres plaignants tels que par exemple le procureur de la République ou le ministre échappent à cette procédure.

- Deux catégories de médecins poursuivis.

Pour certains médecins, seules les autorités que sont le ministre chargé de la santé, le préfet du département d'inscription du médecin, le directeur général de l'ARS, le procureur de la République du tribunal de grande instance du ressort du département d'inscription, le conseil national de l'ordre et le conseil départemental du département d'inscription du médecin peuvent saisir la juridiction disciplinaire.

Les médecins qui bénéficient de cette protection sont les médecins « *chargés d'un service public* » et poursuivis « *à l'occasion des actes de leur fonction publique* ». Il s'agit au premier chef des médecins hospitaliers des établissements publics de santé mais ce sont aussi des médecins non hospitaliers poursuivis par exemple pour des actes comme des expertises judiciaires ou pour leurs fonctions d'enseignants d'universités ou encore pour leur participation aux organes non juridictionnels de l'ordre.

Dans ce cas, le patient ou sa famille peut saisir de sa plainte l'une des autorités qui a le pouvoir d'agir contre le médecin exerçant de telles « fonctions publiques », et notamment le conseil départemental, mais celui-ci, à la différence du cas général, ne sera pas tenu de transmettre la plainte à la juridiction disciplinaire. Il dispose ainsi dans cette hypothèse du pouvoir de faire obstacle à la plainte.

Par ailleurs, si au vu de la plainte, il décide de saisir la juridiction disciplinaire, comme il peut le faire, l'auteur de la plainte ne sera pas partie devant la juridiction disciplinaire. Celle-ci peut néanmoins l'entendre en qualité de témoin et c'est la pratique qui est habituellement poursuivie à la chambre disciplinaire nationale.

Il est à remarquer, et c'est important, que la protection ainsi accordée à cette catégorie de médecins a été récemment restreinte puisqu'à l'origine seul le ministre, le préfet ou le procureur de la République pouvait engager l'action disciplinaire contre ces médecins chargés d'un service public.

C'est une loi du 21 juillet 2009¹²⁴ qui est venue étendre cette possibilité au conseil national de l'ordre et au conseil départemental de l'ordre, ce qui est en pratique, une très importante extension.

124 Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite « HPST » portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

Il est vrai qu'une loi plus récente du 23 février 2010¹²⁵ a retiré aux conseils départementaux et au conseil national le pouvoir d'agir contre certains de ces médecins mais sont seulement concernés par cette restriction les praticiens qui exercent une fonction de contrôle. Ainsi, les conseils départementaux et le conseil national gardent leur pouvoir nouvellement acquis d'agir contre notamment les praticiens hospitaliers, les médecins-experts ou les médecins-enseignants.

Selon le docteur Faroudja « *cette modification est d'importance. Elle met les médecins au même rang de responsabilité devant l'ordre. Elle donne au conseil départemental une lourde responsabilité qu'il est en mesure d'assumer et elle permet d'éliminer des plaintes abusives à condition de motiver parfaitement la décision du conseil départemental. Il n'y a pas de possibilité d'appel du demandeur puisqu'il ne s'agit pas d'un jugement du conseil, mais des voies de recours existent, identiques à celle du passé.* »

Effectivement, la décision de ne pas transmettre la plainte peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir formé devant le tribunal administratif.

Une autre limitation de la protection particulière dont bénéficie cette catégorie de médecins a été récemment apportée par un décret du 25 mars 2007¹²⁶. Lorsqu'un médecin d'un établissement de santé, public ou privé, fait l'objet d'une sanction disciplinaire prononcée par l'établissement qui l'emploie, la sanction disciplinaire de l'employeur doit être transmise au directeur général de l'Agence régionale de santé lequel a le pouvoir de saisir directement la juridiction disciplinaire comme on l'a vu.

Pour les praticiens employés par les établissements publics et privés de santé, il peut donc y avoir cumul de sanctions disciplinaires : l'une par l'employeur, l'autre par la juridiction disciplinaire.

Ce premier point concernait la procédure préalable d'instruction des plaintes. J'en viens à la procédure devant la juridiction de première instance.

Assez classiquement, le président désigne un rapporteur parmi les membres de la chambre, son rapport doit consister en un exposé objectif des faits, des pièces du dossier et des actes d'instruction accomplis¹²⁷.

La procédure est bien sûr contradictoire, elle est écrite mais des observations orales sont en outre présentées à l'audience.

Une réforme récente est à noter en ce qui concerne la composition de la chambre disciplinaire de première instance. Les membres étaient à l'origine tous des praticiens mais depuis la loi Kouchner du 4 mars 2002, le président est un conseiller de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel, désigné par le vice-président du Conseil d'État. La situation est donc similaire en première instance

125 Loi n° 2010-165 du 23 février 2010 ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés.

126 Décret n° 2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues et modifiant le code de la santé publique.

127 Art. L. 4126-18 du code de la santé publique.



à ce qui existe déjà depuis longtemps pour la chambre disciplinaire nationale qui est présidée par un conseiller d'État. C'est en pratique une réforme extrêmement importante en ce qui concerne la façon dont très concrètement se passent la procédure et les délibérés dans la chambre disciplinaire de première instance.

Une autre réforme récente, depuis un décret du 25 mars 2007, fait que maintenant le président peut, dans certaines hypothèses, statuer sur la plainte par ordonnance motivée, et non plus en formation collégiale, il peut ainsi notamment donner acte des désistements, rejeter une plainte pour incompétence manifeste de la juridiction, constater un non-lieu, rejeter une plainte manifestement irrecevable¹²⁸. Il s'agit ici d'aligner le pouvoir du président sur celui dont disposent les présidents de tribunal administratif. Ce même décret du 25 mars 2007 permet aussi au président de la chambre disciplinaire saisi alors que la plainte relève de la compétence territoriale d'une autre chambre de première instance, de transmettre la plainte à la juridiction compétente, ce qui est là encore l'extension d'une règle applicable aux tribunaux administratifs.

Ce décret du 25 mars 2007 manifeste aussi un objectif de rapprochement avec la juridiction administrative de droit commun en créant de nombreux renvois par des dispositions du code de la santé publique relatives à la procédure juridictionnelle à des dispositions du code de justice administrative relatives à la procédure devant les tribunaux administratifs. On peut citer par exemple qu'on a importé dans la procédure de la juridiction disciplinaire les règles applicables aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel en matière de clôture de l'instruction.

J'en viens à la procédure devant la juridiction d'appel. La chambre disciplinaire nationale, qui est la juridiction d'appel, a connu une importante réforme en ce qui concerne les personnes qui peuvent la saisir. Là encore, c'est la loi Kouchner du 4 mars 2002 qui a modifié la procédure. Antérieurement, les plaignants qui n'avaient pas le droit de saisir directement la juridiction de première instance, et notamment le patient et sa famille, et qui devaient donc passer par le biais du conseil départemental, n'avaient pas la qualité de parties en première instance, ils ne pouvaient donc pas faire appel.

Désormais, l'auteur de la plainte peut faire appel, soit pour soutenir que c'est à tort qu'aucune sanction n'a été infligée en première instance soit même pour soutenir que la sanction infligée en première instance lui paraît insuffisante¹²⁹. Le plaignant a donc la qualité de partie en première instance et en appel, ce qui lui donne en outre la possibilité de se pourvoir en cassation contre la décision de la juridiction d'appel.

L'appel n'est soumis à aucun filtre à la différence de la saisine du juge disciplinaire de première instance, qui est filtrée de façon non contraignante à travers la conciliation opérée devant le conseil départemental. Cette réforme de la saisine de la juridiction d'appel est très importante à la fois sur un plan théorique et sur un plan pratique. Elle a entraîné un accroissement significatif du nombre des affaires

¹²⁸ Art. R. 4126-5 du code de la santé publique.

¹²⁹ Art. R. 4122-3, V du code de la santé publique.



portées devant la juridiction d'appel. Pour le reste, la procédure d'appel est calquée sur celle applicable en première instance.

Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'État ne présente pas de particularités. Comme tous les pourvois en cassation, ces pourvois sont soumis à la procédure préalable d'admission.

Si on essaie de résumer autour de quelques grandes idées les apports de la loi Kouchner et des réformes ultérieures, je crois qu'on peut retenir deux grandes idées.

D'abord, un rapprochement avec les règles applicables aux juridictions administratives de droit commun (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) en ce qui concerne la composition des juridictions, puisque désormais la composition, y compris en première instance, n'est pas exclusivement interne à la profession et puisque également désormais, de nombreuses règles du code de justice administrative applicables devant les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, soit sont, directement applicables à la juridiction disciplinaire par un renvoi fait par le code de la santé publique, soit ont été purement et simplement transposées par des dispositions du code de la santé publique qui s'en inspirent.

Et surtout, peut être, deuxième idée, la possibilité de faire sanctionner un praticien par la juridiction disciplinaire est significativement plus ouverte.

D'abord, et comme je l'ai dit, des juridictions disciplinaires nouvelles ont été créées par la loi du 9 août 2004 pour les infirmiers et les masseurs-kinésithérapeutes et ces juridictions fonctionnent effectivement. Ces professionnels, qui sont en nombre extrêmement important, notamment en ce qui concerne les infirmiers, sont donc soumis depuis peu à des juridictions disciplinaires ordinales.

Ensuite, la possibilité de faire sanctionner un praticien est plus ouverte en première instance, comme on l'a vu, puisque désormais les conseils départementaux et le conseil national de l'ordre ont le droit de saisir la juridiction disciplinaire contre tous les médecins, de même qu'elle est également plus ouverte en appel et en cassation, puisque tous les plaignants y compris les patients et leurs familles ont le droit de faire appel et, par suite, de former un pourvoi en cassation.

II. Les interactions éventuelles entre juridictions disciplinaires, juridictions pénales avec d'autres juridictions.

Les sanctions disciplinaires prononcées par la juridiction disciplinaire peuvent coexister avec d'autres sanctions comme le prévoit expressément l'article L. 4126-5 du code de la santé publique qui dispose que l'action disciplinaire ne fait obstacle, ni aux poursuites pénales, ni aux actions civiles en réparation d'un délit ou quasi-délit, ni à l'action disciplinaire dont dispose l'administration dont dépend éventuellement le médecin, ni enfin aux instances engagées contre les médecins en raison des abus qui leur seraient reprochés dans leur participation aux soins médicaux prévus par les lois sociales

Cette dernière hypothèse correspond aux sanctions qui peuvent être infligées aux médecins par les sections des assurances sociales des conseils régionaux et



du conseil national de l'ordre. Ces juridictions peuvent, elles aussi, prononcer l'avertissement et le blâme. Elles prononcent par ailleurs l'interdiction, permanente ou temporaire, avec ou sans sursis, de donner des soins aux assurés sociaux, mais le code précise que ces sanctions ne sont pas cumulables avec les peines que peuvent infliger les chambres disciplinaires de première instance et la chambre nationale de discipline, lorsqu'elles ont été prononcées à l'occasion des mêmes faits. Si des juridictions différentes prononcent des sanctions différentes, la sanction la plus forte peut seule être mise à exécution.

C'est une précision utile qui a été apportée par la loi puisqu'auparavant, cette règle n'était pas appliquée par la jurisprudence.

Pour les sanctions pénales, nous avons vu qu'elles pouvaient se cumuler avec les sanctions disciplinaires. Selon le docteur Faroudja, le pourcentage de plaintes par rapport à l'ensemble des actes médicaux réalisés qui arrivent au sommet des juridictions est infime, en particulier, les plaintes déposées concomitamment devant les juridictions pénales et disciplinaires.

D'ailleurs, seules de très rares affaires conduisent les plaignants à porter plainte simultanément devant elles. La condamnation d'un médecin par ses pairs constitue pour l'avocat et son client un argument de poids face aux autres juridictions et c'est peut-être pourquoi l'Ordre est si souvent saisi en premier. Bien sûr, son avis expert quant à la faute déontologique reprochée ne s'impose pas aux autres juges, mais les magistrats peuvent en tenir compte. De même, la matérialité des faits reconnue dans une décision de justice revêt pour la juridiction disciplinaire l'autorité de la chose jugée et lui permet de statuer plus aisément sur les faits, d'autant plus que la saisine de l'ordre peut survenir bien longtemps après une condamnation pénale.

Une harmonisation ne serait-elle pas souhaitable ?

La question récurrente qui se pose à l'Ordre est de savoir à quel moment il doit intervenir pour juger si les deux instances sont saisies dans le même temps. En effet, même si les deux juridictions sont indépendantes, il est incontestable qu'elles vont tenir compte de la décision de l'autre si le jugement est intervenu avant. Ne faudrait-il pas revoir cet aspect procédural sans pour autant subordonner l'une à l'autre ? Laquelle des deux instances devrait attendre le prononcé de l'autre ?

La loi ne le prévoit pas. De plus, le code de la santé publique impose des délais quant à l'organisation de la conciliation - dans le mois - et à la transmission de la plainte à la chambre de première instance - trois mois à compter de la saisine. Compte tenu des délais de la justice, des appels interjetés, la chambre disciplinaire de première instance devrait-elle attendre que le pénal ait tranché ? N'est-il pas souhaitable que la sanction disciplinaire soit plus rapide ? Que devient l'affaire quand la juridiction pénale n'arrive pas aux mêmes conclusions que la juridiction disciplinaire qui a déjà statué et que la peine est accomplie ?

A ces questions, la jurisprudence apporte bien sûr des réponses mais sans résoudre tous les problèmes.



D'abord, le juge disciplinaire n'est jamais tenu d'attendre le jugement du juge pénal. Il commet même une erreur de droit s'il s'y croit, à tort, obligé. Reste en revanche entière, la question de l'opportunité ou non d'attendre. Si par ailleurs, le juge pénal a statué avant la juridiction disciplinaire, ce qui est quand même assez rare, la juridiction disciplinaire est bien sûr tenue par l'autorité absolue de la chose jugée au pénal mais cette autorité ne s'attache qu'aux constatations de faits mentionnées dans la décision et qui sont le support de son dispositif.

Ainsi, par exemple, un jugement de relaxe qui n'a pas pour fondement l'inexactitude des faits reprochés au médecin, seule de nature à s'imposer au juge administratif disciplinaire, n'est pas revêtu de l'autorité absolue de la chose jugée. Un juge disciplinaire n'est pas tenu par une relaxe au bénéfice du doute, en revanche la constatation des faits pour lesquels le praticien a été condamné par le juge pénal s'impose au juge disciplinaire avec l'autorité absolue de la chose jugée, mais il est en pratique assez rare que, quand la juridiction disciplinaire statue, le juge pénal ait rendu une telle décision.

Sur la question du lien de causalité dans la matière pénale, qui est effectivement très délicate, comme on vous l'a exposé, je voudrais signaler ici que cette question ne se pose pas pour le juge disciplinaire. Si un patient malheureusement décède à l'issue d'une intervention, et que le chirurgien est poursuivi, le juge disciplinaire ne s'interroge pas sur la question de savoir si le décès est imputable ou non à une faute du chirurgien. Il examinera seulement si la faute alléguée est commise et justifie une sanction. Ainsi le lien de causalité entre le préjudice et la faute ne se pose pas.

Quant au principe de la légalité des infractions qui désormais depuis peu doit être respecté par le juge disciplinaire ordinal, je souhaiterais souligner que si ces infractions sont définies, le Conseil d'État accepte qu'elles le soient de façon extrêmement générale par le code de déontologie médicale. Le code de déontologie médicale est préparé par l'ordre national des médecins et il est approuvé ensuite par un décret en Conseil d'État. On y trouve donc des obligations telles que l'obligation d'apporter des soins dévoués, le devoir d'information ou le devoir de confraternité à l'égard des confrères, ce qui est peu précis mais suffisant.

Je souhaiterais aussi vous dire un bref mot sur des interactions éventuelles entre le juge disciplinaire et le juge civil. Concrètement, la question qui se pose le plus souvent, en réalité est celle des litiges entre associés qui aboutissent devant le juge civil.

Ces litiges peuvent donner lieu également à une action disciplinaire en raison du devoir de confraternité qu'ont les médecins. Il n'est pas rare que, parallèlement, la juridiction civile soit saisie d'un litige et la juridiction disciplinaire d'une action invoquant un manquement à un devoir de confraternité. Dans ce cas de figure, la juridiction disciplinaire est assez mal à l'aise parce que, comme elle le rappelle très souvent, il ne lui appartient pas de trancher de litiges civils entre les associés. Il lui appartient simplement de voir si, éventuellement, des manquements à la confraternité peuvent être reprochés au médecin, mais c'est toujours très délicat.



En conclusion, je terminerai en disant que la matière disciplinaire est une branche très vivante du droit, les affaires sont de plus en plus nombreuses, notamment en raison de l'élargissement des possibilités de saisine. Le fond du droit a été renouvelé par plusieurs facteurs, dont l'un est assez ancien puisqu'il date de la décision du Conseil d'État *Maubleu* du 14 février 1996¹³⁰ qui a fait sienne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle les juridictions disciplinaires relèvent du volet civil de l'article 6-1 de la Convention, ce qui a entraîné notamment l'obligation d'une audience publique.

Désormais, les juridictions interprètent les principes applicables depuis longtemps aux juridictions administratives, tel que celui de la procédure contradictoire ou de l'impartialité, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, et d'ailleurs, même quand l'article 6-1 n'est pas expressément invoqué.

Parmi les facteurs tout récents de renouvellement, on peut voir l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité qui oblige à répondre à des questions nouvelles. Tout récemment, le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel la question de savoir si l'absence dans le code rural et de la pêche maritime de dispositions prévoyant une prescription de l'action disciplinaire - en ce qui concerne, en l'espèce, les vétérinaires - méconnaît un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFLR). C'est une décision du Conseil d'État de transmission au Conseil constitutionnel du 21 septembre 2011¹³¹. Nous aurons la réponse à cette question dans quelques temps¹³².

Christian Raysseguier

*Premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation,
Président de la table ronde*

Merci, Mme le conseiller, pour cette présentation de la matière disciplinaire. Nous avons noté en particulier qu'à l'inverse de la matière pénale, il apparaît que le contentieux disciplinaire est en augmentation. Vous nous en avez donné les raisons, notamment par la plus grande facilité donnée aux patients de se plaindre auprès des instances ordinales.

Il serait lourdement incomplet, même désolant de clore cette table ronde sans avoir le regard du patient, du malade, qui est le premier concerné dans son être, dans sa chair, par l'intervention fautive et dommageable du professionnel de santé.

Comment ce patient peut-il choisir entre les voies pénales, civiles ou disciplinaires ouvertes à lui quand il veut se plaindre du comportement de son médecin ? Quelles sont ses attentes aux différentes étapes du processus choisi : pénal, civil, disciplinaire ? Quel est l'impact, la finalité de la sanction pour le plaignant mais aussi pour le médecin qui est sanctionné ?

Quel est aussi le rôle de l'avocat, intervenant comme conseil de la victime ou, quand il est de l'autre côté de la barre, comme conseil du médecin poursuivi ?

130 CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, n°132369, Rec. p. 35.

131 CE, 21 septembre 2011, *M. Michel G.*, n° 350385, 350386, 350387, inédit au Rec.

132 Jugé par 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *Michel G.*

Maître Georges Holleaux, avocat à la Cour, nourri de sa très riche expérience professionnelle et de la réflexion doctrinale qu'il conduit sur ces questions est parfaitement en situation de nous éclairer sur les attentes du patient face aux questions de responsabilité.

Georges Holleaux

Avocat à la cour de Paris

Je voudrais faire quelques observations, disons... de terrain.

Premièrement, on a beaucoup parlé – c'est l'une des caractéristiques de la loi de 2002 – de l'aléa thérapeutique et de la solidarité nationale. Mais je ne voudrais pas qu'il y ait un effet d'optique. Il faut en effet se rendre compte que l'essentiel des avis des CRCI ne donne jamais lieu à contentieux : dans 50 % des avis d'indemnisation, il y a un avis de faute, suivi dans 85 % des cas d'une proposition acceptée de l'assureur. Pour ce qui concerne les avis d'aléas, je crois que l'ONIAM accepte de prendre en charge dans 85 % ou 95 % des cas. Cela veut dire que du point de vue du praticien et du terrain, la loi est un succès absolument considérable, très au-delà, je pense, des attentes de ses patients, sauf dans les hypothèses de rejet et bien évidemment dans les cas qui ne rentrent pas dans les situations et les seuils prévus par la loi. Les avis de la CRCI, à partir du moment où ils inclinent à l'indemnisation, sont suivis de règlement sans qu'aucune juridiction ne soit saisie.

Ce considérable succès a influencé d'une façon magistrale les choix procéduraux qui sont faits par les victimes.

Deuxièmement, autre effet d'optique, je ne voudrais pas que l'on oublie un des apports essentiels de la loi Kouchner qui a eu une influence considérable, à mon avis, sur le rôle du « sas » que vous expliquiez tout à l'heure, Mme le procureur de la République, à savoir que les plaintes s'éteignent dès lors qu'elles ne sont pas suivies de plaintes avec constitution de partie civile et qu'elles ont par ailleurs fait l'objet d'un classement sans suite par le parquet.

La loi a en effet organisé l'accès au dossier médical et a réglé ce problème sempiternel. Or on le sait, M. le président Mazars me le rappelait tout à l'heure, la commission Mac Aleese¹³³, au début des années 80, rappelait que s'il y avait à l'époque une inflation ressentie des procédures pénales, c'était d'abord dans un souci de recherche par les victimes d'un dossier qui était finalement inaccessible et que seule une procédure pénale pouvait permettre d'examiner par le truchement d'un juge, d'un service enquêteur ou d'un expert-médecin. L'organisation efficace de l'accès au dossier médical a dégonflé le besoin d'une procédure pénale, besoin qui était en grande partie lié à la recherche de l'accès au dossier.

Troisièmement, il faut aussi se rendre compte de l'effet de « sas » .

J'observe en effet exactement ce que Mme Champrenault a très bien décrit tout à l'heure, : s'il y a énormément de plaintes, il y a beaucoup moins d'instructions, encore moins de procès et encore moins de condamnations. Cela veut dire que

¹³³ Commission Mac Aleese sur la responsabilité médicale nommée en 1978 à la demande du ministre de la justice.

le temps a une influence absolument déterminante parce que, et qu'on le veuille ou non, la procédure pénale ne peut presque jamais être la bonne voie d'une indemnisation. Elle ne peut pas être la bonne voie d'une indemnisation parce qu'elle n'est pas faite pour ça.

Je rappelle qu'une expertise pénale dans un dossier d'homicide ou coups et blessures involontaires n'est pas une expertise de préjudices et rien ne peut forcer un juge d'instruction à ordonner, en complément de la mission qui est celle de l'expert dans la procédure pénale, de la compléter par une expertise détaillée du préjudice.

C'est dire que la mission du juge d'instruction est de réunir les éléments permettant de considérer qu'une personne peut être renvoyée. Or le renvoi devant un tribunal correctionnel pour une affaire de coups et blessures involontaires doit obéir à trois conditions : la faute, le lien de cause à effet et une ITT de 3 mois. A partir du moment où le seuil d'ITT de 3 mois a été franchi, il n'y a pas d'autres conditions à la saisine du tribunal correctionnel.

Aussi, dans des dossiers de préjudices corporels lourds, dans certains cas de décès avec des préjudices économiques lourds, la procédure pénale ne permettra pas de résoudre la difficulté du calcul et des enjeux de l'indemnisation et on se retrouvera avec la nécessité de suivre deux procédures, comme cela a été très bien expliqué tout à l'heure. Ainsi, dans la quasi-totalité des cas en matière de préjudices corporels, c'est-à-dire d'infractions involontaires occasionnant le décès d'une personne qui était en charge d'une famille (préjudice moral, très lourd préjudice économique), la procédure pénale n'a qu'un intérêt indicatif et donc absolument aucun intérêt d'indemnisation.

Entreprendre une procédure pénale, c'est donc entreprendre deux procédures : une procédure pénale en plus d'une autre procédure soit de conciliation soit judiciaire soit devant la juridiction administrative.

De plus, s'agissant de l'activité des médecins des hôpitaux publics, la double procédure est une absolue nécessité puisque jamais un juge pénal, qui peut normalement statuer sur les dommages-intérêts de la victime, ne peut le faire s'agissant de médecins hospitaliers. On est là à la frontière, et c'est l'un des intérêts du colloque d'aujourd'hui, entre les compétences de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif. Le juge pénal pourra condamner un médecin hospitalier public pour des faits d'homicide ou de coups et blessures involontaires mais il devra nécessairement renvoyer – car on n'a jamais dans la pratique de cas de faute détachable – la partie civile à se pourvoir devant la juridiction administrative pour ce qui concerne l'indemnisation de son dommage. Quand on veut agir sur le plan pénal dans ces cas-là, il est nécessaire de diligenter une deuxième procédure pour être indemnisé.

La réforme de la procédure pénale de 2007, qui est essentielle (c'est-à-dire que la victime ne peut plus dans ces affaires saisir directement le juge d'instruction par une plainte avec constitution de partie civile) fait en outre qu'il y a un « double sas ».



Il y a un premier « sas » : la nécessité de dépenser une partie de son énergie dans une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire en expertise et fixation des préjudices et discussion de la réparation de ceux-ci devant la juridiction compétente, soit le tribunal de grande instance soit le tribunal administratif.

Le second « sas » est le filtre, très bien expliqué tout à l'heure par Mme le procureur Champrenault, de la procédure pénale maîtrisée par le parquet, c'est-à-dire une procédure pénale sur une plainte qui ne peut être en début de procédure qu'une plainte simple et ensuite éventuellement en cas de classement le dépôt de la plainte avec constitution de partie civile. Dans cette hypothèse, le texte classiquement choisi est celui de l'atteinte involontaire à l'intégrité physique, des coups et blessures involontaires comme on disait autrefois, ou de l'homicide involontaire.

Mais la procédure pénale comporte des écueils considérables.

Le premier écueil est de voir un expert dire que des chances de survie ont été perdues mais pas toute chance. Pour avoir un lien de causalité certain au pénal, il faut que l'expert dise que toute chance de survie ou de voir son état ne pas empirer a été perdue. Or, il est très fréquemment difficile d'établir cette certitude et les experts sont généralement prudents sur ce point.

Le deuxième écueil de la procédure pénale est que l'erreur de diagnostic non fautive trouve une place de plus en plus importante..Comme a tout de même des médecins de grande qualité en France, il est fréquent que le juge retienne, comme on l'a décrit ce matin, une erreur de diagnostic non fautive.

Le troisième écueil enfin réside dans le fait que l'expertise n'est pas une expertise de préjudices ordonnée par le président du tribunal statuant en référé.

Le choix du texte est donc un choix qui enferme.

Saisir le juge pénal, déposer une plainte au parquet puis éventuellement en cas de classement, une plainte avec constitution de partie civile sur le terrain de l'homicide involontaire ou des coups et blessures involontaires, c'est s'engager sur un chemin semé d'embûches, extrêmement difficile, coûteux en énergie et qui risque d'être en lui-même traumatisant.

L'expérience montre que les victimes ne vont pas au-delà de la simple plainte, ne s'engagent sur le terrain de l'instruction et du procès que s'il y a un élément de scandale. C'est le sentiment de scandale qui est l'élément déclenchant des procédures pénales et des procès en correctionnel. S'il n'y a pas cet élément de scandale, jamais la victime n'a l'énergie de poursuivre au-delà de la première phase de procédure, qui peut être une phase de réaction à chaud, et d'aller jusqu'au procès pénal.

C'est la raison pour laquelle les statistiques qui ont été énoncées tout à l'heure par Mme Champrenault sont des statistiques de sous-ensembles successifs : énormément de plaintes simples, beaucoup moins de plaintes avec constitution de partie civile, encore moins de mises en examen sur une plainte avec constitution de partie civile, encore moins de renvois devant le tribunal correctionnel et, lorsqu'il y a un renvoi devant le tribunal correctionnel, presque 50 % de relaxe devant le tribunal



correctionnel. Et je ne parle même pas des relaxes qui peuvent être prononcées, après une première condamnation, devant la juridiction d'appel.

La procédure pénale, les victimes le savent, est un véritable chemin de croix. Ce chemin de croix n'est poursuivi par les victimes que lorsqu'il y a le sentiment d'un scandale et la perte d'un proche (c'est, statistiquement, ce que l'on peut essentiellement observer quand on suit un certain nombre de ces procédures).

L'énergie de la victime qui décide poursuivre cette procédure malgré toutes les embûches et tous les obstacles qu'il faut franchir, est une énergie qui vient d'un sentiment de devoir : la procédure pénale est menée, et on a l'énergie de la poursuivre jusqu'au bout lorsqu'on sent le devoir de le faire pour le proche qu'on a perdu, son épouse, son époux, son enfant, et que l'on ressent dans la façon dont on a été traité ou dans la façon dont la personne qui nous était chère a disparu, le devoir de recevoir des excuses, d'obtenir une vengeance. C'est pour cela que les procédures sont menées dans ces cas-là et de cette façon-là.

Si les procédures sont ainsi menées pour ce devoir de mémoire, cela éclaire le choix fait par les victimes entre les différentes voies qu'elles ont au moment de l'engagement des poursuites. Je m'explique. Mme Dreifuss-Netter nous a donné ce matin un exemple de parcours du combattant, dans un dossier de très lourd préjudice corporel. Ce qui m'a frappé dans cet exemple c'est que l'on ait commencé par aller au pénal quand ce qui est le plus difficile dans un dossier de très lourd préjudice corporel, c'est, outre la démonstration du lien de causalité, le travail sur les préjudices eux-mêmes.

Ce travail sur les préjudices eux-mêmes, les juges d'instruction ne sont pas armés pour et les experts qu'ils désignent ne sont pas des experts nécessairement nommés par les juridictions civiles, spécialisés en la matière.

Pour un dossier de fort préjudice corporel, aller au pénal c'est aller nécessairement à l'échec et j'ai été une nouvelle fois frappé par ce que nous disait Mme Dreifuss-Netter : sur ce dossier de préjudice corporel, on est allé au pénal sans aller simultanément, comme je le disais tout à l'heure, dans une procédure soit d'expertise au civil ou soit de CRCI. On a cumulé les obstacles.

Je voudrais encore souligner que si l'expertise en matière de coups et blessures involontaires est un couperet, c'est peut-être parce que nous autres avocats manquons d'imagination. Dans un dossier dans lequel le client a le sentiment d'un scandale, pourquoi toujours nous cantonner à l'infraction d'homicide involontaire ou de coups et blessures involontaires ?

L'arsenal du code pénal permet, et vous le rappelez tout l'heure Mme le procureur de la République, de choisir d'autres terrains qui peuvent présenter d'autres avantages et qui peuvent aboutir, puisqu'on souhaite obtenir une sanction, à des résultats plus positifs.

Il y a des dossiers dans lesquels il est très difficile, pour des questions techniques, de se placer sur le terrain de l'homicide involontaire ou de coups et blessures involontaires mais où les éléments de la non-assistance à personne en danger pourraient être mis en avant.



De la même façon, il y a des dossiers dans lesquels la causalité est difficile mais où la mise en danger pourrait être démontrée. Dans la mise en danger, il n'est pas nécessaire de démontrer une causalité. De même, tout à l'heure Mme Champrenault parlait de l'affaire dite « du xénopi » de la Clinique du sport. Effectivement il y a eu des poursuites qui ont été menées et qui ont abouti à une décision non définitive mais ces poursuites ont abouti à une décision de condamnation sur le terrain de la tromperie¹³⁴. Le terrain de la tromperie est intéressant parce qu'il n'est pas besoin de démontrer que la tromperie a été suivie d'un effet particulier.

Lorsqu'on a affaire à des clients, à des victimes ou à des personnes qui se disent ou s'estiment victimes et qui veulent poursuivre au pénal, on a d'abord un choix à faire, lorsque leur intention est véritablement d'aller au pénal, un choix à faire du terrain, c'est-à-dire du texte sur lequel on se fonde.

Lorsque mon cabinet a déposé en 1988 les plaintes dans l'affaire qui allait devenir l'affaire dite « du sang contaminé », c'est-à-dire visant la situation des hémophiles qui avaient été traités par le CNTS¹³⁵, et que nous avons décidé de poursuivre dans cette affaire, en mars 1988, pourquoi avons-nous choisi le terrain de la tromperie ?

J'avais reçu cinq jeunes gens, des tout jeunes gens, qui avaient entre 20 et 25 ans, hémophiles, et qui étaient séropositifs. Si j'avais choisi le terrain des coups et blessures involontaires, il aurait d'abord fallu que mes clients soient malades, or ils étaient asymptomatiques donc ils n'étaient pas malades. Ils savaient juste qu'ils le deviendraient. Ils n'avaient donc pas les 3 mois d'ITT. « Je suis contaminé, je suis porteur, puisque les anticorps en témoignent, du virus du sida, mais tant que je ne suis pas malade je ne peux pas choisir le terrain des coups et blessures involontaires, je ne peux pas ». Puis il y avait une deuxième difficulté : ce sont des jeunes gens qui, grâce à des traitements extrêmement efficaces, avaient une vie quasiment normale. Certains d'entre eux pouvaient fort bien avoir des pratiques sexuelles à risque. Vous imaginez donc la vigueur du débat devant l'expert pénal sur le lien de causalité. Comment pouvais-je démontrer qu'un jeune homme de 25 ans qui avait une vie sexuelle normale et qui ne voulait pas tout dire de celle-ci, avait nécessairement été contaminé par le virus du sida par les produits anti-hémophiliques qu'il avait reçus ?

J'étais donc dans un dossier dans lequel on a une preuve épidémiologique mais où la démonstration toxicologique n'est pas possible. J'ai une preuve épidémiologique parce que tous les hémophiles s'étaient mutuellement informés, avaient tous passé des tests de séropositivité, et étaient pour 95 % de la population hémophile française, contaminés. On ne pouvait pas considérer que 95 % des hémophiles avaient, par exemple, des pratiques sexuelles à risque. On avait donc la preuve épidémiologique de ce que la contamination était due à leur traitement commun. Mais cette preuve seulement. Il fallait donc trouver un autre texte.

Les éléments de documentation du CNTS retrouvés font qu'on a compris que cet organisme avait su, à un moment donné, qu'il diffusait des produits potentiellement contaminés. Or, il ne leur a rien dit. La plainte a donc été déposée pour tromperie.

¹³⁴ Jugement du tribunal correctionnel de Paris, 17 mars 2010, n° 97255 et 23132.

¹³⁵ Centre national de transfusion sanguine, aujourd'hui Établissement français du sang (EFS).



C'est de la même façon un problème qui peut se poser et une imagination qu'il faut avoir quand on est avocat, face des dossiers avec une causalité difficile à démontrer. On sait qu'on a des produits qui sont dangereux mais sans savoir pourquoi. Simplement on apprend à un moment donné par une preuve épidémiologique qu'ils sont dangereux mais, si vous vous mettez dans une situation où un texte vous oblige à faire la démonstration d'un lien de cause à effet au cas par cas, vous vous interdisez le succès.

Lorsqu'un médicament est statistiquement, épidémiologiquement, reconnu comme dangereux, mais que ce médicament au cas par cas ne peut pas se voir attribuer la contamination, comment faites-vous sur le terrain des coups et blessures involontaires ? Vous ne pouvez pas, il faut que vous trouviez un autre terrain.

Ainsi le plan pénal est de plus en plus difficile à considérer comme une solution, et ce n'est jamais une solution lorsque l'on est dans une démarche ou dans une volonté d'indemnisation.

Lorsque les clients veulent à tout prix déposer plainte, il faut comprendre qu'ils devront dépenser une énergie considérable. Comme je l'ai dit, ils n'arrivent à le faire, généralement, que lorsque c'est pour le devoir de mémoire d'un proche. Lorsqu'il s'agit d'un dommage corporel, le double sas de devoir, d'une part, mener deux procédures et, d'autre part, devoir attendre les résultats de l'enquête du parquet sans qu'ils ne puissent se constituer partie civile finit par apaiser un certain nombre de tensions.

La possibilité désormais ouverte par la loi d'obtenir l'accès au dossier médical permet également d'apaiser les tensions, et je crois que ce qui est caractéristique aujourd'hui du choix opéré par les victimes c'est qu'elles sont bouleversées dans leur personnalité, elles sont atteintes dans leur intimité mais c'est leur état d'esprit qui gouverne le choix et c'est la façon dont l'avocat saura dialoguer pour faire éventuellement entendre ses conseils au-delà de cet état d'esprit du moment qui permettra de faire des choix judicieux.

Ensuite, je souhaiterais aussi signaler que la responsabilité pénale des personnes morales en matière médicale est extrêmement importante et a récemment évolué de façon très significative.

Le premier jugement significatif qui a prononcé une condamnation pénale contre un établissement hospitalier est un jugement de la 16^{ème} chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris du 3 septembre 2003, et dont il n'a pas été interjeté appel ¹³⁶.

M. Blondet a très justement rappelé tout à l'heure que le médecin pouvait difficilement être considéré comme un représentant ou un organe de la personne morale. C'est vrai, mais il arrive qu'un médecin soit chef de service, qu'une infirmière soit surveillante du service, c'est-à-dire qu'ils jouent un rôle hiérarchique.

136 TGI Paris, 16^{ème} ch. correctionnelle, 3 septembre 2003, n° 9926423046.



L'affaire qui a donné lieu au jugement du 3 septembre 2003 du tribunal correctionnel de Paris est une affaire retentissante concernant un enfant décédé dans un service spécialisé de pédiatrie dans des conditions extrêmement douloureuses. En fait, c'est l'organisation générale du service en question, et plus généralement de l'hôpital, qui avait été considérée comme défailante. Le service était au complet, toutes les personnes qui devaient travailler dans ce service y travaillaient et sans qu'on puisse s'expliquer comment cet enfant avait pu demeurer aussi longtemps sans soin opérant et sans soin pertinent, pour finalement décéder dans ce service. C'est ce qui fait qu'avaient comparus devant le tribunal correctionnel, non seulement l'établissement hospitalier mais aussi le directeur de l'hôpital, le chef de service, la directrice des soins infirmiers, plusieurs médecins du service, plusieurs infirmières, aides-soignantes...

Il a été considéré que chacune des personnes qui auraient dû, soit s'occuper de l'enfant soit avoir au titre de ses fonctions d'encadrement le souci d'une heureuse organisation du service avait commis des fautes. On a considéré notamment que le directeur de l'hôpital, la directrice des soins infirmiers et le chef de service engageaient la responsabilité de la personne morale compte tenu de leurs fonctions et qu'ils étaient représentant ou organe de cet établissement.

C'est très important pour le chef de service car il est à la fois médecin, c'est-à-dire praticien hospitalier, et chef de service, c'est-à-dire qu'il a un rôle dans l'organisation et le fonctionnement du service.

La jurisprudence positive à l'heure actuelle, en l'absence d'appel de cette décision, considère que le chef de service est un représentant de l'hôpital compte tenu des rôles d'encadrement et de son rôle d'interlocuteur des tiers, et notamment des patients et des familles.

La responsabilité pénale de la personne morale est une nouveauté qui a suscité des réactions crispées de la part des personnes morales longtemps après la promulgation du nouveau code pénal. Il y avait cette volonté de la part notamment des hôpitaux et des cliniques de ne jamais avoir, je cite, « de casier judiciaire ».

Et l'on s'est rendu compte des vraies difficultés que causait cette attitude de défense « toutes griffes dehors » .

Apparaissait dès lors un problème d'organisation : l'établissement refusait de voir sa responsabilité engagée et cette attitude de fuite devant les responsabilités faisait que les médecins vis-à-vis des infirmières, les infirmières vis-à-vis des médecins, les infirmières vis-à-vis des aides-soignantes, étaient dans une crispation mutuelle. L'attitude même de l'établissement aboutissait à une espèce de dissolution de la cohésion du service.

En revanche, à partir du moment où dans un certain nombre de dossiers les établissements ont assumé leur responsabilité pénale et l'ont mise en avant, l'assomption de leur responsabilité pénale par les établissements est devenue un outil de management..En effet, s'agissant bien évidemment pour l'organisation du service d'une responsabilité indirecte, l'établissement est condamné pour une



faute simple alors que ses intervenants, personnes physiques, ne peuvent être condamnés en responsabilité indirecte que pour une faute caractérisée. Le vœu de la loi est donc que la responsabilité de l'établissement soit mise en avant. Or, cela présente deux avantages en termes de management.

Le premier avantage est de rétablir une cohésion entre les personnels de santé, les auxiliaires médicaux, les médecins, qui ne cherchent plus chacun à rejeter leur responsabilité sur l'autre.

Le second avantage est de donner un véritable ascendant aux directeurs des hôpitaux. De la même façon que les directeurs de publication en matière de droit de la presse, qui sont considérés par la loi comme les auteurs principaux des infractions d'injure ou de diffamation publiques, ne veulent surtout pas se voir retirer cette responsabilité pénale parce que c'est le seul pouvoir qu'ils ont de limiter ou d'influencer la ligne de leurs journalistes et de dire, qu'en écrivant ceci « tu engages ma responsabilité pénale, je te demande de faire attention à ce que tu écris », les hôpitaux, en assumant le principe de la responsabilité pénale peuvent faire en sorte, par le contrôle de leur direction, que leurs services fonctionnent mieux. Donc, paradoxalement, dans le fonctionnement des hôpitaux, lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est assumée, celle-ci peut être utilisée comme un outil d'amélioration du fonctionnement du service, de management et de cohésion.



Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire

La méconnaissance de devoirs progressivement énoncés par différentes dispositions, en particulier les décrets successifs portant code de déontologie médicale et la loi du 4 mars 2002, peut justifier, outre la réparation des dommages, des sanctions pénales et disciplinaires à l'encontre des professionnels de santé et plus particulièrement des médecins, quelles que soient les conditions d'exercice de leur activité.

Des sanctions pénales peuvent aussi être prononcées à l'égard de personnes morales intervenant dans le domaine de la santé, tels que les établissements, services et organismes de santé ou les laboratoires pharmaceutiques ; les conditions de leur responsabilité au titre des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou leurs dirigeants étant prévues par l'article 121-2 du code pénal. L'État est cependant exclu d'une telle responsabilité et celle des collectivités territoriales et de leurs groupements est limitée aux infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

Le risque pénal et le risque disciplinaire, constituant des risques personnels et non assurables, seront successivement examinés.

Partie 1. Le risque pénal

Une action à l'encontre de professionnels de santé ou de personnes morales dans le domaine de la santé peut être initiée par le ministère public ou par la victime d'un dommage. Leur responsabilité suppose qu'une infraction ait été commise. Elle est essentiellement engagée au titre d'atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, plus rarement sur le fondement de délits intentionnels. Des infractions spécifiques sont en outre prévues par les articles L. 5421-1 et suivants du code de la santé en matière de délivrance, commercialisation, fabrication, distribution de médicaments et d'autres produits de santé hors du cadre légal et réglementaire.

Les victimes peuvent accessoirement demander la réparation des conséquences dommageables de l'infraction. Cependant si l'infraction a été commise par un agent public, la juridiction judiciaire n'est compétente pour statuer sur une telle demande que lorsque l'infraction revêt le caractère d'une faute personnelle, détachable des fonctions de l'intéressé. Dans le cas contraire, l'action indemnitaire peut être exercée seulement contre la personne publique et relève donc de la compétence de la juridiction administrative. Les fautes personnelles sont celles qui révèlent des manquements volontaires et inexcusables à des obligations d'ordre professionnel et déontologique (Cass., crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-84696, Bull. n° 119). Elles demeurent exceptionnelles et revêtent en principe un caractère intentionnel.

La voie pénale peut présenter certains avantages pour une victime en terme de coût et du fait que l'enquête est diligentée par le juge d'instruction. Cependant ces avantages sont atténués depuis la création d'une procédure amiable

d'indemnisation des dommages médicaux par la loi du 4 mars 2002 confiée aux CRCI et à l'ONIAM, dont le coût et en particulier les frais d'expertise sont à la charge de l'État ou, le cas échéant, de l'assureur du responsable du dommage.

I. Les atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité de la personne

Elles sont constituées à titre principal par l'homicide et les blessures involontaires et par la mise en danger de la vie d'autrui.

A. L'homicide et les blessures involontaires

L'homicide involontaire est prévu et réprimé par l'article 221-6 du code pénal et constitue un délit. Les blessures involontaires sont sanctionnées selon la gravité de la faute et du dommage par les articles 221-19, 222-20 et par les articles R. 625-2 et R. 625-3 du même code et constituent un délit lorsque l'incapacité de travail a excédé la durée de trois mois ou une contravention dans les autres cas relevant respectivement de la compétence du tribunal correctionnel et du tribunal de police.

Seuls les délits sont punis de peines d'emprisonnement, de deux ans dans le cas de blessures involontaires et de trois ans dans le cas d'un homicide involontaire ; les peines d'amende s'échelonnant entre 45 000 euros dans le cas d'un homicide involontaire et 1 500 euros dans le cas d'une contravention.

Ces dispositions répriment spécifiquement le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui ou des blessures.

Les peines d'emprisonnement et d'amende sont majorées en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement.

Des peines complémentaires peuvent être éventuellement prononcées telles que l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

La prescription de l'action publique, de trois ans pour les délits, commence à courir en matière d'atteinte à l'intégrité physique, non pas à compter de la faute mais du jour où le dommage découlant de la faute est apparu (Cass., crim., 4 novembre 1999, pourvoi n° 99-81279, Bull. n° 248).

Le délit d'homicide involontaire suppose dans tous les cas qu'une atteinte mortelle ait été portée de manière non intentionnelle à un être humain né et vivant, ce qui exclut les enfants à naître (Cass., Ass. plén., 29 juin 2001, pourvoi n° 99-85973, Bull. n° 165 ; Cass., crim., 4 mai 2004, pourvoi n° 03-86175, Bull. n° 108).

Le lien de causalité doit aussi être certain entre la faute et le dommage et le délit n'est donc constitué que si la faute a causé la mort directement ou indirectement et n'a pas eu seulement pour effet de priver la victime d'une chance de survie (V. not. Cass., crim., 29 juin 1999, pourvoi n° 98-83517, Bull. n° 161). Mais la juridiction répressive doit alors le cas échéant statuer sur la demande de réparation en application des règles du droit civil (Cass., crim., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-87375, Bull. n° 170).



L'imputabilité du dommage corporel doit être appréciée sans qu'il soit tenu compte des prédispositions de la victime dès lors que ces prédispositions n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable (Cass., crim., 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-87617, Bull. n° 23).

Les infractions d'homicide et blessures involontaires ont cependant été profondément modifiées par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. Elle a énoncé au quatrième alinéa de l'article 121-3 du code pénal, donnant la définition générale de la faute constitutive des infractions pénales, que les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Les articles 221-6 et 222-19 et R. 625-2 du code pénal renvoient ainsi expressément pour la qualification des infractions aux conditions prévues par l'article 121-3 du code pénal.

Le législateur a par la suite remis en cause le principe d'unicité des fautes pénale et civile empêchant une indemnisation au civil sans reconnaissance d'une faute pénale. Il a aussi prévu à l'article 4-1 du code de procédure pénale que l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne faisait pas obstacle à l'exercice d'une action en réparation du dommage devant les juridictions civiles sur le fondement de l'article 1383 du code civil.

La répression de ces atteintes implique donc, outre l'existence du dommage et la certitude d'un lien de causalité, de distinguer entre causalité directe et causalité indirecte depuis la loi du 10 juillet 2000 et d'établir l'existence d'une faute de l'auteur en fonction des distinctions imposées par le législateur.

Il convient, compte tenu de ces distinctions, d'évoquer successivement la responsabilité des personnes physiques et celles des personnes morales. ; la faute commise devant toujours consister en une imprudence, négligence, inattention, maladresse ou un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement.

Il est nécessaire en application de l'article L. 121-3 dans sa version issue de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 que l'auteur des faits n'ait pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

1. La responsabilité des personnes physiques

Il convient de distinguer suivant que le professionnel de santé a, par sa faute, causé directement ou indirectement le dommage et d'évoquer l'imputabilité de l'infraction en cas de concours de fautes.



a. En cas de faute ayant causé directement le dommage

La responsabilité du professionnel de santé peut être engagée pour toute faute non intentionnelle entrant dans les prévisions du troisième alinéa de l'article L. 121-3 lorsque par son action, il a causé directement le dommage.

Il appartient aux magistrats d'apprécier *in concreto* si le professionnel a commis une faute dans l'exécution de cet acte, compte tenu de sa nature, de l'état des connaissances médicales lors de sa réalisation et des fonctions exercées : une expertise étant le plus souvent nécessaire pour pouvoir le déterminer.

L'erreur de diagnostic n'est pas en principe une faute pénale, les praticiens ne pouvant être tenus de poser le bon diagnostic. Elle ne peut leur être reprochée, que s'ils n'ont pas été suffisamment diligents dans l'établissement de leur diagnostic.

La faute peut être la cause immédiate du dommage comme étant liée par exemple à une maladresse ou à une inadaptation de l'acte pratiqué.

À titre d'exemples, la Cour de cassation a retenu :

- l'utilisation fautive de forceps à l'origine des lésions cérébrales d'un enfant ayant causé son décès (Cass., crim., 23 octobre 2001, pourvoi n° 01-81030, Bull. n° 617) ;
- des fautes liées au mauvais positionnement de l'opérée sur une table mal adaptée à l'intervention à l'origine directe du processus de détresse neurologique ayant causé la mort de celle-ci (Cass., crim., 23 octobre 2001, pourvoi n° 01-81227, Bull. n° 218) ;
- des fautes liées à l'opération sans urgence, d'une patiente sans l'assistance d'un chirurgien thoracique, à une erreur de localisation de sa hernie en l'absence de contrôles préalables, à la réalisation d'une seconde intervention par une voie inadaptée, en provoquant une rupture de la dure-mère, ayant entraîné une paraplégie totale et définitive (Cass., crim., 21 septembre 2004, pourvoi n° 03-85510, Bull. n° 216).

La faute peut être la cause essentielle et déterminante du dommage même si elle n'en était pas la cause immédiate et demeure alors considérée comme une faute directe. C'est notamment le cas de fautes consistant en des omissions ou des retards ou encore de fautes s'étant succédées dans le temps.

À titre d'exemples, la Cour de cassation a retenu :

- une faute consistant en l'absence de contrôle par un praticien de l'acte pratiqué par un interne et a estimé que la cour d'appel, ayant relaxé ce praticien du chef d'homicide involontaire, aurait dû rechercher s'il n'avait pas commis une faute entretenant un lien direct de causalité avec la mort de sa patiente (Cass., crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-80679, Bull. n° 33) ;
- une faute commise par un médecin pédiatre, à qui un nouveau-né avait été confié à la suite d'un accouchement difficile, ayant porté son attention sur les seules lésions oculaires et orthopédiques, en négligeant le risque majeur d'extension rapide de l'hématome superficiel et les complications hémorragiques qui pouvaient en résulter, et en omettant de mettre en place une surveillance médicale adaptée,



dès lors que le décès de l'enfant aurait pu être évité s'il avait été transféré à temps dans un service spécialisé (Cass, crim., 13 novembre 2002, pourvoi n° 01-88462, Bull. n° 203).

b. En cas de faute n'ayant pas causé directement le dommage

Lorsque le professionnel de santé n'a pas causé directement le dommage, qu'il a seulement créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage, ou qu'il n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, sa responsabilité ne peut être engagée en application de l'article 121-3 alinéa 4 qu'à la condition qu'il ait violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, ou qu'il ait commis une faute caractérisée et qui exposait son patient à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer.

À titre d'exemples, la Cour de cassation a retenu :

- qu'un médecin anesthésiste qui avait utilisé lors d'endoscopies dans un cabinet médical un produit dont l'emploi était réservé aux établissements disposant d'un matériel d'assistance respiratoire et de réanimation, sans assurer ensuite la surveillance qui s'imposait avait, par un manquement délibéré à une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, involontairement causé des blessures à des patients (Cass., crim., 11 septembre 2001, pourvoi n° 00-85473, Bull. n° 176) ;

- qu'un médecin généraliste, réquisitionné par le préfet pour assurer une garde de nuit, qui n'avait pas pris les dispositions nécessaires pour être joint, avait commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer (Cass., crim., 13 février 2007, pourvoi n° 06-81089, Bull. n° 43) ;

- qu'un médecin endocrinologue, consulté en urgence par une patiente présentant le tableau clinique d'un risque d'évolution vers un coma diabétique mortel, s'étant borné à prescrire par ordonnance des examens sanguins de dosage de la glycémie, avait commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer (Cass., crim., 12 septembre 2006, pourvoi n° 05-86700, Bull. n° 219).

c. En cas de concours de fautes

L'imputation de l'infraction peut être source de difficultés, spécialement en cas de soins réalisés par une équipe médicale et de répartition des tâches entre le chef de service et les membres de l'équipe.

À titre d'exemples, la Cour de cassation a retenu :

- qu'en l'état d'une thyroïdectomie pratiquée par un chirurgien, chef de service, assisté d'un interne, sur un patient décédé des suites d'une complication hémorragique, après une opération qui aurait nécessité une reprise chirurgicale immédiate, un arrêt qui déclarait l'interne coupable d'homicide involontaire sans répondre aux conclusions qui faisaient valoir, en se prévalant de l'article R. 6153-3 du code de la santé publique, que la décision de réopérer dont la tardiveté était



la cause du décès, appartenait au seul chef de service qui était présent lors de la survenance de l'hémorragie, encourait une cassation (Cass., crim., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-82591, Bull. n° 117) ;

- que devait être cassé l'arrêt qui, pour relaxer un médecin poursuivi du chef d'homicide involontaire, retenait que la mort de sa patiente était due à une hémorragie secondaire à une plaie chirurgicale de l'aorte, à la suite d'une incision cutanée pratiquée par une interne sous son contrôle, que ce médecin n'avait commis aucune faute caractérisée et que le retard de diagnostic, au surplus erroné, pouvant lui être reproché, s'expliquait par la morphologie particulière de la victime et le caractère exceptionnel des complications auxquelles il s'était trouvé confronté, alors qu'il appartenait à la Cour d'appel de rechercher si le prévenu, auquel il incombait de contrôler l'acte pratiqué par l'interne, n'avait pas commis une faute entretenant un lien direct de causalité avec la mort de la patiente (Cass., crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-80679, Bull. n° 33) ;

- que justifiait sa décision la Cour d'appel qui, pour déclarer coupables d'homicides involontaires un pharmacien d'officine ainsi que le représentant légal d'une société, spécialisée dans la fabrication de médicaments à base de plantes, qui lui avait livré des kilogrammes d'une herbe importée, réputée pour ses vertus amincissantes, retenait que les prévenus avaient commis des fautes caractérisées : le premier, en omettant d'analyser l'identité de la matière première qui lui avait été livrée, en méconnaissance des bonnes pratiques des préparations officinales et des recommandations du Conseil de l'Ordre, le second, en n'effectuant pas les contrôles, prévus par la monographie de la pharmacopée chinoise, alors que ces vérifications auraient permis de détecter la présence d'une substance cancérigène et néphrotoxique (Cass., crim., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 06-88948, Bull. n° 88).

La loi du 10 juillet 2000 ayant restreint le champ de la responsabilité des chefs de service et plus généralement des décideurs, il importe de demeurer particulièrement attentif à l'ensemble des causes du dommage et notamment aux contrôles et vérifications qui leur incombent et aux moyens mis à la disposition des exécutants des actes litigieux.

2. La responsabilité des personnes morales

Elle peut être engagée quelle que soit la nature de la faute commise sans qu'il y ait à distinguer selon le caractère direct ou indirect du lien de causalité. La Cour de cassation a précisé qu'il résultait des articles 121-2 et 121-3 du code pénal que les personnes morales étaient responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, dudit code, la responsabilité pénale de ces derniers, en tant que personnes physiques, ne pourrait être recherchée (Cass., crim., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-83843, Bull. n° 80).

A titre d'exemple, la Cour de cassation a admis qu'un centre hospitalier universitaire était coupable d'homicide involontaire, dès lors qu'en ne permettant pas, en infraction au règlement intérieur de l'hôpital imposant la présence d'un médecin senior dans chaque unité fonctionnelle de ce service, à une victime décédée dans



le service des urgences, d'être examinée par un médecin senior, tant lors de son arrivée qu'à son retour du service de radiologie, alors que le diagnostic vital était engagé, il avait commis une faute en lien de causalité certain avec la mort de cette patiente (Cass., crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-80543, Bull. n° 49).

B. La mise en danger de la personne

L'article 223-1 du code pénal réprime en outre spécifiquement le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, et prévoit des peines d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende à l'égard des personnes physiques et des peines d'amende et peines complémentaires prévues par l'article 131-9 du code pénal à l'égard des personnes morales.

La Cour de cassation a précisé que ce délit ne pouvant être caractérisé qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, n'entraîne pas dans les prévisions de l'article 223-1 du code pénal la méconnaissance par un médecin des obligations déontologiques définies par les articles R. 4127-32 et R. 4127-33 du code de la santé publique, qui édictaient des règles générales de conduite (Cass., crim., 18 mars 2008, pourvoi n° 07-83067, Bull. n° 67).

A titre d'exemple, elle a retenu qu'en réalisant des assistances médicales à la procréation en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique et de l'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation, alors que les traitements de stimulations ovariennes réalisées à de fortes posologies pouvaient entraîner un risque mortel d'hémorragie, d'épanchement, de phlébite ou d'embolie pulmonaire, un praticien avait exposé plusieurs patientes à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente et était coupable d'une telle infraction (Cass., crim., 29 juin 2010, pourvoi n° 07-83067, Bull. n° 67).

II. Les infractions intentionnelles

Il s'agit essentiellement de manquements à des devoirs du praticien, comme par exemples, une violation du secret médical ou un défaut d'assistance, plus rarement des atteintes volontaires à l'intégrité ou à la vie. Plusieurs dispositions prévoient en outre des sanctions pénales spécifiques en cas de réalisation d'actes médicaux hors du cadre légal.

Ces infractions seront brièvement invoquées dans la mesure où elles ne connaissent que de rares applications. On peut encore citer pour mémoire le refus de se soumettre à une réquisition d'un magistrat, d'une autorité de police judiciaire ou le cas échéant d'une autorité administrative, prévu par l'article R. 642-1 du code pénal.



A. La violation du secret médical

Le médecin qui ne respecte pas le secret auquel il est soumis en raison de sa profession, sauf dans le cas où il s'agit de révéler des sévices ou privations subies par certaines personnes justifiant une protection spécifique, est passible de peines d'emprisonnement et d'amendes prévues par l'article 226-13 du code pénal.

La Cour de cassation a précisé que l'obligation au secret professionnel, établie et sanctionnée par l'article 226-13 du code pénal pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions s'imposait aux médecins, hormis les cas où la loi en dispose autrement, comme un devoir de leur état, que sous cette seule réserve, elle était générale et absolue et qu'il n'appartenait à personne de les en affranchir de sorte que la Cour pouvait donner acte à la défense de ce qu'un médecin avait refusé de déposer sur l'état de santé d'un accusé (Cass., crim., 8 avril 1998, pourvoi n° 97-83656, Bull. n° 138).

B. Le défaut d'assistance

Cette infraction, prévue par l'article 223-6 du code pénal, est applicable à toute personne mais concerne tout particulièrement le professionnel de santé dont les fonctions font présumer l'aptitude à porter secours. Le professionnel peut être poursuivi quelles que soient les conséquences de son attitude.

Le délit intentionnel n'est constitué que si le professionnel de santé dont le concours était demandé ne pouvait se méprendre sur la gravité du péril auquel se trouvait exposé le patient et s'est volontairement abstenu de lui porter secours (Cass., crim. 26 mars 1997, pourvoi n° 95-81439, Bull. n° 123). Ainsi, à titre d'exemple, l'erreur de diagnostic sur l'utilité d'une réanimation ne caractérise pas une abstention volontaire.

Après avoir jugé que l'omission de porter secours commise par un médecin exerçant dans le secteur public constituait une faute détachable du service révélant un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique (Cass., crim. 2 avril 1992, pourvoi n° 90-87579, Bull. n° 140), la Cour de cassation a jugé que ne commettait pas une telle faute, le médecin régulateur rattaché à un service public hospitalier, qui, informé téléphoniquement du péril auquel se trouvait exposé un enfant par les questions détaillées qui lui étaient posées, n'avait pas n'ordonné son transfert immédiat à l'hôpital et s'était ainsi abstenu volontairement, dans l'exercice de ses fonctions et avec les moyens mis à sa disposition, d'intervenir par les modes utiles qu'il lui était possible d'employer pour lui prêter assistance (Cass., crim. 30 novembre 2010, pourvoi n° 10-80447, Bull. n° 191).

C. Les atteintes volontaires à l'intégrité et à la vie

Si l'acte médical, notamment chirurgical caractérise une atteinte corporelle, celle-ci est légitimée par sa finalité thérapeutique ou par des dispositions spécifiques autorisant sous certaines conditions le professionnel de santé à intervenir. À défaut sa responsabilité peut être engagée au titre des articles 221-1 et 222-7 du code pénal réprimant l'homicide et les violences volontaires, des articles 221-5 et 222-



15 sanctionnant l'empoisonnement et l'administration de substances nuisibles, ou encore en application de dispositions spécifiques encadrant spécifiquement la réalisation d'actes médicaux et en sanctionnant leur pratique hors du cadre légal fixé.

Les incriminations pour homicide et violences volontaires, empoisonnement et administration de substances nuisibles demeurent exceptionnelles. Hors les cas d'euthanasie eux-mêmes très rares, il faut en effet établir que l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort ou de blesser.

La Cour de cassation a estimé, à titre d'exemple, qu'était justifiée une décision de non-lieu des chefs d'empoisonnement et complicité à l'encontre de médecins ayant prescrit à leurs patients des produits contaminés par le virus du sida, énonçant que la preuve n'était pas rapportée qu'ils avaient eu connaissance du caractère nécessairement mortifère des lots fournis par le Centre national de transfusion sanguine et que des incertitudes régnaient encore, à l'époque, dans les milieux médicaux quant aux conséquences mortelles du sida (Cass., crim., 18 juin 2003, pourvoi n° 02-85199, Bull. n° 203).

La tromperie prévue par l'article L. 213-1 du code de la consommation est aussi invoquée dans un certain nombre d'affaires de santé publique, notamment en matière de contaminations et de produits de santé défectueux, aux motifs que la personne a été sciemment laissée dans l'ignorance des caractéristiques réelles d'un produit de santé.

Si cette infraction peut être difficile à établir en raison en particulier de délais parfois très longs entre l'administration des produits et la constatation des symptômes, la Cour de cassation a cependant précisé que bien qu'elle soit une infraction instantanée, elle n'en constituait pas moins un délit clandestin par nature, de sorte que le délai de prescription de l'action publique commençait à courir du jour où il apparaissait et pouvait être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (Cass., crim., pourvoi n° 05-8119, 7 juillet 2005, Bull. n° 206).

D. La réalisation d'actes médicaux hors du cadre légal

Il peut s'agir d'un exercice illégal de la médecine ou de la réalisation d'actes médicaux interdits ou encadrés

1. L'exercice illégal de la médecine

Un tel exercice est retenu lorsqu'une personne non diplômée ou titulaire d'un diplôme non reconnu, prend part habituellement à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies quels que soient les procédés employés ; la pratique d'un acte médical étant en effet réservée aux seuls docteurs en médecine.

A titre d'exemples, la Cour de cassation a retenu que constituait un exercice illégal de la médecine le fait :

- de pratiquer habituellement l'acupuncture qui tant à raison du diagnostic qu'elle implique que des moyens qu'elle utilise et des réactions organiques qu'elle est susceptible d'entraîner, constitue un acte médical (Cass., Crim., 9 février 2010, pourvoi n° 09-80681, Bull. n° 19) ;



- de pratiquer une épilation en utilisant un laser, même à des fins esthétiques (Cass., crim., 8 janvier 2008, pourvoi n° 07-81193, Bull. n° 2).

Elle a cependant précisé qu'il résultait de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique qu'une personne, qui remplissait les conditions d'exercice de la médecine exigées par ce texte, ne commettait pas le délit d'exercice illégal de la médecine lorsqu'elle sortait des limites de sa spécialité ou de sa compétence (Cass., crim., 8 mars 2011, pourvoi n° 10-83330, Bull. n° 50).

L'exercice illégal de la profession de pharmacien peut être également retenu en cas de fabrication et vente en gros de produits à visées thérapeutiques par une personne non diplômée (Ex : Cass., crim., 5 septembre 2000, pourvoi n° 99-85437, Bull. n° 261).

2. La réalisation d'actes médicaux interdits ou encadrés

Certains actes médicaux sont strictement interdits ou encadrés et leur pratique est alors le plus souvent soumise à des autorisations préalables. Leur réalisation en dépit de ces interdictions ou hors du cadre fixé, est sanctionnée par des dispositions spécifiques énoncées dans le code pénal et le code de la santé publique.

Elles font notamment l'objet au sein du livre V du code pénal et du titre 1^{er} intitulé « Des infractions en matière de santé publique », d'un chapitre intitulé « Les infractions en matière d'éthique biomédicale », regroupant les infractions liées à la protection de l'espèce humaine, du corps humain et de l'embryon humain et sanctionnant en particulier aux articles 511-1 et suivants les prélèvements de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée, les prélèvements, conservations et transformations d'organes, tissus, cellules, la collecte de produits du corps humain, le recueil et le prélèvement de gamètes et l'obtention d'embryons humains hors du cadre légal.

On peut encore citer les sanctions pénales prévues en matière d'expérimentation sur la personne humaine et de recherches biomédicales par les articles 223-8 du code pénal et L. 1126-1 et suivants du code de la santé publique et d'interruption de grossesse prévues par les articles 223-10 du code pénal et L. 2221-1 et suivants du code de la santé publique.

Ces différentes dispositions sont en augmentation ; certaines étant rendues nécessaires par le développement des connaissances et techniques médicales.

Partie 2. Le risque disciplinaire

Le risque disciplinaire est lié à l'appartenance du professionnel de santé à un ordre professionnel ayant reçu une compétence disciplinaire.

L'article L. 4121-2 du code de la santé publique précise ainsi que l'ordre des médecins, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes veillent au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de



sage-femme et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par les codes de déontologie propres à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparés par les conseils nationaux des ordres et édictés sous la forme de décrets en Conseil d'État, en application de l'article L. 4127-1 du code de la santé publique.

Les missions de l'ordre national des pharmaciens sont fixées par l'article L. 4231-1 du code de la santé publique.

Les codes de déontologie de ces professions déterminent différents devoirs à la charge des professionnels en tenant compte des évolutions de leurs conditions d'exercice, des missions assurées et de l'intérêt des patients. Ils ont essentiellement trait aux devoirs généraux des professionnels de santé dans l'exercice de leurs fonctions, aux devoirs envers les patients, aux rapports entre professionnels de santé et aux différents modes d'exercice de la profession.

Les codes de déontologie médicale, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des pharmaciens sont issus dans leur version actuelle des décrets n° 95-1000 du 6 septembre 1995, 94-500 du 15 juin 1994, 91-779 du 8 août 1991 et 95-284 du 14 mars 1995, transposés aux articles R. 4127-1 et suivants, R. 4127-201 et suivants, R. 4127-301 et suivants et R. 4235-1 et suivants du code de la santé publique.

Un grand nombre de ces devoirs ont été expressément consacrés par la loi du 4 mars 2002, tels que par exemple ceux inhérents à l'information du patient ou encore à la qualité des soins. Leur violation peut justifier outre des demandes de réparation des conséquences dommageables, des sanctions pénales.

Le pouvoir disciplinaire dont sont investis les ordres pour assurer l'exécution de leurs missions s'exerce indépendamment de poursuites pénales éventuelles (CE, 17 décembre 1984, *Subrini*, n° 41743, Rec. p. 411 CE, 24 juillet 1987, *Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Ariège*, n° 67969, inédit au Rec.). La juridiction disciplinaire n'est donc pas tenue de surseoir à statuer dans le cas où la juridiction pénale a été saisie.

Si le juge disciplinaire garde la liberté de sanctionner lui-même le praticien et de qualifier les faits sur un plan déontologique, il est cependant tenu par l'autorité de la chose jugée au pénal.

I. Les fautes disciplinaires

Les juridictions disciplinaires peuvent se fonder sur la violation des principes de moralité et de probité, de compétence, de dévouement et de règles déontologiques et connaître de l'ensemble du comportement professionnel du praticien. Elles ne sont pas tenues de limiter leur examen aux seuls faits dénoncés dans la plainte à l'origine des poursuites ou de retenir la même qualification juridique.

Mais le principe de légalité des délits s'applique aux sanctions susceptibles d'être infligées par les juridictions disciplinaires (CE, 12 octobre 2009, *Petit*, n° 31164, inédit au Rec.).



Le Conseil d'État a cependant considéré que dans la mise en œuvre de cette faculté d'appréciation, elles devaient se conformer au principe des droits de la défense et donc permettre au professionnel poursuivi de s'expliquer sur l'ensemble des faits qu'elles envisagent de retenir à son encontre (CE, 29 mai 2000, *Tran*, n° 198510, Rec. p. 192) et qu'une sanction infligée par le Conseil national d'un ordre professionnel ne pouvait être fondée sur des griefs ni dénoncés dans la plainte ni retenus à l'encontre de la personne objet de la sanction par le conseil régional ; l'intéressé n'ayant alors pas été mis en mesure de présenter utilement sa défense sur ces griefs (CE, 30 juin 2000, *Schneider*, n° 186820, Rec. p. 274).

Il a précisé que la circonstance que l'intéressé ait été avisé d'un grief nouveau lors de l'audience était insuffisante pour assurer le respect du principe des droits de la défense et que les juridictions disciplinaires devaient mettre le praticien poursuivi à même de s'expliquer, dans le cadre de la procédure écrite, sur l'ensemble des griefs qu'elles envisageaient de retenir à son encontre

Les fautes disciplinaires sont très variées et ne se rapportent pas forcément à l'exercice de la profession.

Elles peuvent être liées à la qualité des soins prodigués aux patients et à titre d'exemples à :

- l'absence de prescription d'une mesure de prévention d'un cancer résultant notamment de «recommandations de bonnes pratiques» élaborées par l'Agence nationale pour le développement de l'évaluation en médecine puis par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé et pouvant être regardée comme «*un soin fondé sur les données acquises de la science*», au sens de l'article 32 du code de déontologie (CE, 12 janvier 2005, *Kerkerian*, n° 256001, Rec. p. 20) ;
- la réalisation d'une intervention chirurgicale par un médecin ne disposant pas de la compétence nécessaire, compte-tenu des antécédents de la patiente (CE, 24 septembre 1999, *Baroche*, n° 194421, inédit au Rec.) ;
- la poursuite de soins inutiles à la suite du refus d'une intervention nécessaire par le patient (CE, 18 mars 1994, *Conseil départemental de l'ordre des médecins du Nord c/ Gueniot*, n° 119097, Rec. p. 142).

Elles peuvent consister en la méconnaissance de devoirs généraux du praticien à l'égard de ses patients et à titre d'exemples à :

- la communication spontanée pour le compte d'un médecin dans le cadre d'une instance devant un tribunal de commerce d'un document indiquant les noms des patients de l'établissement dans lequel il exerçait ainsi que les soins qui leur étaient prodigués (CE, 23 avril 1997, *Lévy*, n° 169977, Rec. p. 162) ;
- l'acceptation par un médecin traitant de libéralités d'une personne au cours de la maladie dont elle est décédée, en méconnaissance de l'article 52 du code de déontologie (CE, 18 février 2005, *Mme Cadoret*, n° 264014, Rec. p. 69) ;
- une injection à un malade destinée à provoquer immédiatement la mort par arrêt cardiaque ; un tel acte étant interdit par l'article 38 du code de déontologie médicale, quelles que soient les circonstances, et notamment celles, invoquées par le médecin, tirées des souffrances du patient et des inconvénients pour son entourage et son environnement immédiat de la progression de la gangrène dont il était atteint (CE, 29 décembre 2000, *Duffau*, n° 212813, Rec. p. 677).



De nombreuses sanctions sont liées à l'établissement de certificats médicaux tendancieux ou en l'absence d'examen de la personne concernée (not. CE, 26 mai 2010, *Peyre*, n° 322128, inédit au Rec., CE, 15 juillet 2004, *Manuceau*, n° 258469, inédit au Rec. et *Clavreul*, n° 255940, inédit au Rec.).

Il peut s'agir encore de manquements d'ordre administratif ou de fraudes dans les soins diligentés aux assurés ayant trait à titre d'exemple :

- à la réalisation de soins simultanés à plusieurs patients contrevenant à l'article 5 des dispositions générales de la nomenclature générale des actes professionnels (CE, 3 octobre 2003, *M. Heiz*, n° 230314, inédit au Rec.) ;

- au fait pour un chirurgien de conserver par devers lui les comptes-rendus opératoires de ses patients, au lieu de les verser dans les dossiers médicaux (CE, 28 avril 2003, *M. Patoir*, n° 238181, inédit au Rec.).

II. La procédure disciplinaire

Elle est commune aux médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes et prévues par les articles 4124-1 et suivants et R. 4126-1 et suivants du code de la santé publique. Les pharmaciens font en revanche l'objet de dispositions spécifiques prévues par les articles R. 4234-1 et suivants du code de la santé publique.

Elle est initiée, s'agissant des médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes par la saisine de la chambre disciplinaire de première instance, à l'initiative du Conseil national de l'Ordre, des conseils départementaux à leur initiative ou à la suite de plaintes d'un syndicat ou d'une association de praticiens, du ministre de la santé, du préfet, du Procureur de la République ou d'un professionnel de santé inscrit au tableau de l'Ordre ; une procédure préalable de conciliation étant prévue par L. 4123-2 du code de la santé publique s'agissant des plaintes portées devant le conseil départementaux.

La chambre dispose d'un pouvoir d'enquête. La procédure est écrite et contradictoire. Le professionnel de santé est invité à produire un mémoire en défense et a accès à son dossier devant contenir l'ensemble des griefs.

Le Conseil d'État a précisé que si un médecin mis en cause avait l'obligation de ne pas faire obstruction à l'exercice des pouvoirs d'investigation des conseils départementaux, il avait la possibilité de garder le silence (CE, 31 mars 2006, *Plagnol*, n° 267385, inédit au Rec.).

Le professionnel de santé peut être assisté d'un avocat ou d'un professionnel inscrit au tableau de l'Ordre. Depuis la loi du 4 mars 2002, les plaignants ont la possibilité de se faire assister ou représenter. Les audiences sont publiques mais le huis clos peut être ordonné dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque le respect de la vie privée ou du secret médical le justifie. La chambre disciplinaire de 1ère instance est présidée par un magistrat administratif et doit en application de l'article L. 4124-1 statuer dans les six mois du dépôt de la plainte.

Un appel peut être relevé dont les modalités sont fixées par l'article L. 4122-3 du code la santé publique. Il doit être motivé et est aussi, depuis la loi du 4 mars 2002, ouvert au patient, auteur de la plainte. Il est examiné par la chambre disciplinaire



nationale présidée par un membre du Conseil d'État avec un recours possible devant le Conseil d'État.

Les fraudes à l'occasion de soins dispensés aux assurés relèvent de la section des assurances sociales du Conseil régional de l'Ordre, présidée par un juge du tribunal administratif et dans laquelle siègent des représentants des caisses dont un médecin conseil, et en appel de la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre présidée aussi par un conseiller d'État ; un recours étant également possible devant le Conseil d'État.

La composition des chambres disciplinaires doit préserver le droit à un procès équitable. A titre d'exemple, le Conseil d'État a retenu que la composition d'une juridiction ayant statué sur une plainte formée devant la section des assurances sociales du Conseil régional de l'Ordre des chirurgiens-dentistes émanant du médecin conseil, chef du service médical près la caisse primaire d'assurance maladie alors qu'elle comptait parmi ses membres, à titre d'assesseur représentant les organismes d'assurance maladie, le chirurgien-dentiste conseil au sein du service médical près cette caisse primaire, placé en cette qualité sous l'autorité hiérarchique directe de l'auteur de la plainte, avait porté atteinte à l'équité du procès (CE, 29 mai 2002, *M. Vaillant*, 222279, inédit au Rec.).

Les décisions des chambres disciplinaires doivent satisfaire à certaines exigences de forme et comporter notamment le nom de ses auteurs. Elles sont motivées afin que le Conseil d'État puisse exercer son contrôle portant sur la régularité de la procédure, la réponse aux moyens invoqués, l'exactitude des faits retenus et leur qualification et l'absence d'erreur de droit. Ce dernier a estimé à titre d'exemple que la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes avait insuffisamment motivé une sanction en indiquant que l'intéressé avait exécuté des actes de qualité non conforme aux données actuelles de la science, sans se référer expressément à aucun des cas précis soumis à son examen (CE, 15 décembre 1993, *Benitah*, n° 129277, Rec. p. 367).

L'appréciation à laquelle se livre le Conseil national pour déterminer la sanction à infliger est souveraine ; le Conseil d'État ne contrôlant sur ce point que la dénaturation (CE, 30 mai 2011, *Mme Ottaviani*, n° 339496, inédit au Rec.).

III. Les sanctions

Seules des sanctions prévues par les textes législatifs peuvent être prononcées.

Les sanctions applicables aux médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes sont prévues par l'article L. 4124-6 du code de la santé publique et sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire d'exercer avec ou sans sursis et la radiation du tableau ; une privation du droit de faire partie d'instances ordinales résulte automatiquement de ces sanctions. Les sanctions applicables aux pharmaciens sont prévues par l'article L. 4234-6 du code de la santé publique.

Sont seuls couverts par les lois d'amnistie les faits qui ne sont pas contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ; les effets éventuels d'une sanction étant alors effacés.



Ont été considérés à titre d'exemples comme contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs :

- l'établissement d'un rapport médical sur une personne sans l'avoir reçue (CE, 15 juillet 2004, *Manuceau*, n° 258469, inédit au Rec. et *Clavreul*, n° 255940, inédit au Rec.) ;

- le dépôt d'une plainte dépourvue de tout fondement d'un médecin contre son associé (CE, 28 avril 2004, *Levy*, n° 256169, inédit au Rec.) ;

- la poursuite par un médecin, sans autorisation, de son activité dans deux cabinets distincts, eu égard au risque injustifié que cette situation faisait courir aux patients de l'intéressé compte tenu de l'éloignement géographique entre les deux cabinets qui rendait difficile la continuité des soins (CE, 30 septembre 2002, *M. Ottomani*, n° 211361, inédit au Rec.) ;

- la délivrance par un pharmacien au même patient pendant la même période d'un même médicament au vu de plusieurs ordonnances émanant de médecins différents (CE, 27 février 2002, *M. Mongauze*, n° 217187, inédit au Rec.).

Les faits considérés comme non contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs sont plus rares et doivent être relativement mineurs. On peut relever à titre d'exemples :

- l'apposition par un pharmacien sur la vitrine de son officine d'une plainte formulée à son encontre auprès du Conseil régional de l'Ordre par une consœur et ayant accompagné cet affichage d'assertions visant cette dernière selon une formulation revêtant un caractère anti-confraternel (CE, 14 mars 2001, *Gatterre*, n° 184165, inédit au Rec.) ;

- la délivrance par un pharmacien à un patient souffrant d'une lourde pathologie de doses très importantes de médicaments psychotropes après avoir pris contact avec le médecin (CE, 12 mai 2003, *M. Des Moutis*, n° 233175, inédit au Rec.) ;

- la violation du secret médical consistant en la communication par un médecin, sans occultation des noms des patients, d'une copie du registre de ses interventions en bloc opératoire pour les besoins de sa défense dans un litige porté devant le conseil de prud'hommes (CE, 13 janvier 1999, *Lardennois*, n° 177913, inédit au Rec.).

L'application des dispositions d'une loi d'amnistie doit être assurée, au besoin d'office, par la juridiction saisie en raison du caractère d'ordre public de l'amnistie (CE, 24 février 2006, *Caisse primaire d'assurance maladie de la Gironde*, n° 271595, Rec. p. 86).

Le Conseil d'État a enfin retenu que n'étaient pas applicables en matière disciplinaire les règles de confusion des peines posées par l'article 132-4 du code pénal en application desquels les peines prononcées en cas d'infractions en concours ne pouvaient s'exécuter cumulativement que dans la limite du maximum légal le plus élevé (CE, 7 décembre 1984, *Subrini*, n° 41743, Rec. p. 411).



Journée du 21 octobre 2011 au Conseil d'État

Allocution d'ouverture

*Par Olivier Dutheillet de Lamothe,
président de la section sociale du Conseil d'État*

Diplômé de Sciences Po et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Léon Blum), Olivier Dutheillet de Lamothe entre en 1975 au Conseil d'État en tant qu'auditeur, avant d'être responsable du centre de documentation en 1977 et commissaire du Gouvernement à la section du contentieux de 1981 à 1986. Il est, en 1979, conseiller technique au cabinet du ministre de la santé et de la sécurité sociale. En 1986, il est conseiller au cabinet du ministre des affaires sociales et de l'emploi, puis il devient en 1987 directeur des relations du travail au ministère des affaires sociales et de l'emploi, puis au ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. En 1995, il est conseiller social à la Présidence de la République et en 1997, secrétaire général adjoint de la Présidence de la République. De 2001 à 2010, il est membre du Conseil constitutionnel. Il est, depuis 2011, président de la section sociale du Conseil d'État.

1. L'ouverture de la seconde journée de ce colloque est l'occasion pour moi, comme pour chacun d'entre nous, de mesurer le chemin parcouru hier et d'envisager celui qui nous attend aujourd'hui.

Car ce colloque, étalé sur deux jours et organisé par les deux Cours suprêmes, se présente comme une villa romaine. Il s'est ouvert dans un premier patio hier, dans la grand' chambre de la Cour de cassation, par un débat sur la problématique « responsabilité ou solidarité ». Problématique qui est au cœur de la loi du 4 mars 2002 dont nous célébrons le dixième anniversaire, et problématique qui est plutôt derrière nous puisque sur ce point les choses paraissent aujourd'hui stabilisées. Il se terminera ce soir dans un second patio, celui de cette salle de l'assemblée générale du Conseil d'État, par une table ronde consacrée au « juge face aux enjeux de santé publique » c'est-à-dire à une problématique beaucoup plus actuelle, liée à l'affaire du Médiateur et à la réforme des produits de santé qu'elle a provoqué. Une problématique qui ouvre aussi la voie sur d'autres débats que ce colloque n'a pas pu traiter mais que d'autres colloques permettront peut-être d'aborder, qui sont les problèmes de santé au travail, les problèmes d'environnement et de santé, et les problèmes d'alimentation et de santé.

Donc entre ces deux vastes patios, celui de la Cour de cassation hier et celui du Conseil d'État aujourd'hui, nous traversons une enfilade de cinq pièces consacrées aux différents aspects de la responsabilité médicale.

Hier, nous nous sommes penchés sur la causalité, qui est un sujet complexe et commun à toutes les formes de responsabilité médicale, et également sur la responsabilité pénale et disciplinaire.

Aujourd'hui nous nous pencherons

- sur l'indemnisation des préjudices, qui est un sujet également commun à toutes les formes de responsabilité ;

- sur l'information relative à la santé, grande innovation de la loi du 4 mars 2002, qui a ouvert un nouveau champ de responsabilité : la responsabilité pour défaut d'information ;

- et sur le rôle de l'expert médical, qui est lui aussi commun à toutes les formes de responsabilités et qui a été l'un des grands enjeux de l'ouverture de la responsabilité médicale, car le juge ne peut pas se substituer au médecin pour apprécier une faute médicale et c'est bien parce que les experts ont vraiment fait leur travail que la responsabilité médicale s'est développée.

Lorsque j'étais affecté – avec Sylvie Hubac à qui je vais laisser la présidence dans un instant – à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État, qui est la sous-section spécialisée dans le contentieux médical, j'ai le souvenir d'avoir lu de très belles expertises, notamment de professeurs à la retraite, celles du professeur Thieffry par exemple, qui expliquaient avec beaucoup d'humanité dans un cas difficile, et dans des termes très clairs, qu'il y avait eu une faute médicale.

2. Des débats d'hier je retiens une double problématique.

La première c'est celle du choix de la victime entre trois types de responsabilités : la responsabilité pénale, la responsabilité disciplinaire et la responsabilité civile.

Le débat d'hier sur la responsabilité pénale a permis de prendre la mesure exacte de cette forme de responsabilité en matière médicale. Contrairement à une idée reçue, le pénal n'occupe qu'une faible place dans le contentieux de la responsabilité médicale. D'après les chiffres qui ont été donnés hier par une magistrate, ancienne responsable du pôle de santé publique de Paris, une soixantaine de plaintes par an (hors les affaires qui sont regroupées sur le plan national, c'est-à-dire les grosses affaires de santé publique : sang contaminé, hormone de croissance, amiante) arrivent au pôle de santé publique de Paris dont moins de 20 % donnent lieu à l'ouverture d'une information. Le tribunal correctionnel de Paris prononce une à deux condamnations par an ; chiffre qui est à rapporter aux dix millions d'actes médicaux réalisés chaque année par l'AP-HP. D'après la société d'assurance Le Sou Médical, qui assure 117 000 des 200 000 médecins, en moyenne 25 praticiens sont déférés chaque année devant le tribunal correctionnel ce qui donne lieu à quinze condamnations. Le ratio de médecins condamnés est très faible puisqu'il est de l'ordre de 0,01 %.

Le débat a également montré que, en dehors des grosses affaires de santé publique, le pénal n'est pas la bonne voie pour traiter efficacement une question de responsabilité médicale et que, au fond, l'avocat comme le juge étaient d'accord



pour dire que les victimes n'ont recours à la voie pénale que lorsqu'elles ont le sentiment qu'on leur cache quelque chose, qu'elles veulent établir clairement la chaîne des responsabilités, en profitant de tous les moyens, évidemment très puissants, qu'offre la procédure pénale qui, de surcroît, est une procédure gratuite.

Mais, même dans les grandes affaires de santé publique, on peut s'interroger sur l'efficacité de la voie pénale. A cet égard je voudrais évoquer un travail très intéressant réalisé par l'Institut des hautes études sur la justice, sous l'impulsion d'Antoine Garapon, sur le traitement de l'affaire de l'amiante en France et aux États-Unis. Aux États-Unis il n'y a eu aucune poursuite pénale, ni contre des chefs d'entreprise, ni contre des responsables publics, dans l'affaire de l'amiante. Je ne suis même pas sûr que cela soit possible dans la procédure pénale américaine. En revanche, il y a eu des actions civiles extrêmement puissantes qui ont débouché sur des condamnations extrêmement lourdes des entreprises, qui ont été conduites, sans intervention législative, à abandonner l'amiante beaucoup plus tôt qu'en France. Le cas américain est d'autant plus exemplaire qu'il y avait eu une loi fédérale précoce qui avait tenté d'interdire l'amiante et qui avait été annulée par la Cour suprême des États-Unis.

C'est très intéressant de voir que la voie légale, retenue en Europe, n'a pas débouché aux États-Unis mais, qu'en revanche, le jeu extrêmement puissant de la responsabilité civile a conduit très vite les entreprises à adapter leurs comportements à cette nouvelle donnée et à renoncer à ce produit.

La seconde problématique que je voudrais évoquer c'est celle du choix de la victime entre la voie transactionnelle et la voie juridictionnelle. Sur ce point je voudrais insister sur quelque chose qui n'a pas tellement été abordé hier : c'est l'originalité de la procédure prévue devant les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) et devant l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). En effet, il me semble que ces procédures constituent une troisième voie entre l'approche purement transactionnelle et l'approche purement juridictionnelle. Si la CRCI estime que la responsabilité d'un professionnel de santé, d'un établissement de santé ou d'un laboratoire est engagée, l'assureur de celui-ci a l'obligation de faire une offre d'indemnisation ; s'il ne le fait pas, l'ONIAM se substitue à lui pour indemniser la victime et se retourne contre le professionnel de santé, l'établissement de santé ou le laboratoire dans le cadre d'une action judiciaire. C'est un système qui a le double avantage de garantir l'indemnisation de la victime, sans recourir à une procédure juridictionnelle, et de ne pas substituer la responsabilité de l'État à celle des professionnels de santé, des établissements de santé ou des laboratoires. On comprend bien, quand on mesure cette originalité, pourquoi le Gouvernement s'est tourné vers cette procédure et l'a utilisée en l'adaptant a minima pour l'indemnisation des victimes du Médiateur. Dans cette affaire le Gouvernement voulait à la fois indemniser vite et bien les victimes pour qu'elles n'aient pas à intenter chacune une action judiciaire mais en même temps il ne voulait pas se substituer au laboratoire pour assumer la charge de cette réparation. En utilisant la procédure de l'ONIAM, en l'adaptant, (la procédure est gérée au niveau national et non au niveau régional en plus d'une ou deux adaptations techniques) le Gouvernement a trouvé une voie très intéressante.



3. Sans anticiper sur les débats d'aujourd'hui, je voudrais, en ma qualité de Président de la section sociale du Conseil d'État, dire un mot **des réformes en cours en matière de santé publique initiées à la suite de l'affaire du Médiateur**. Ces réformes ont donné lieu d'une part au projet de loi relatif au renforcement de la sécurité sanitaire, du médicament et des produits de santé et elles figurent également dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012. Il y a beaucoup de mesures dans ces textes mais j'en retiendrais seulement deux aspects qui marquent un tournant au même titre que la loi du 4 mars 2002.

Le premier aspect que je voudrais souligner concerne les nouvelles exigences en matière de conflit d'intérêts dans le domaine du médicament. Le projet de loi qui est en cours de discussion comporte à cet égard deux types de dispositions. D'abord, il étend le dispositif existant des déclarations publiques d'intérêts à tous les dirigeants, personnels de direction et d'encadrement, experts extérieurs et membres de toutes les agences, établissements publics et autorités administratives indépendantes relevant de la tutelle ou de la mouvance du ministre chargé de la santé et de la sécurité sociale. C'est-à-dire au total neuf établissements publics, deux autorités administratives indépendantes, et les vingt-six agences régionales de santé. Cette déclaration publique d'intérêts est obligatoire dès la nomination de l'expert et son actualisation doit être régulière. Elle est publique et, ce qui est nouveau, aucun expert ne peut siéger s'il ne l'a pas faite. Une délibération rendue par une commission où siégerait un expert qui n'aurait pas déposé sa déclaration publique d'intérêt, laquelle n'aurait pas été rendue publique, serait entachée d'irrégularité. Et ce qui est également une nouveauté importante : le projet de loi prévoit des sanctions pénales en cas de manquement. On voit qu'en dehors du projet de loi général sur les conflits d'intérêts que le Gouvernement a déposé à la suite du rapport remis par le Vice-président du Conseil d'État, dans le domaine spécifique de la santé publique, a été mis en place un régime extrêmement puissant et contraignant et qui va beaucoup plus loin que ce qui avait été fait jusqu'ici.

La deuxième disposition importante que comporte le projet de loi de ce point de vue c'est le fait d'imposer aux entreprises la publication de tous les avantages alloués aux professionnels de santé, c'est-à-dire l'extension à la France de ce que les américains ont adopté dans le cadre des « *sunshine laws* » de 2010. Il s'agit de l'obligation légale pour tous les fabricants de déclarer et de publier les liens de toute nature, y compris les conventions de recherche, avec les médecins et les hôpitaux universitaires. Cette obligation sera applicable à compter du 1^{er} janvier 2012 et est également sanctionnée pénalement, comme c'est le cas aux États-Unis.

Le second trait que je retiendrai des réformes en cours concerne les nouvelles compétences de la Haute autorité de santé en matière d'évaluation médico-économique. La nécessité du développement de cette technique, de cette discipline dans le système français de santé, a été soulignée par l'Inspection générale des affaires sociales dans son rapport sur l'expertise sanitaire d'avril 2011. L'inspection déclare dans ce rapport qu'il n'y a pas d'évaluation médico-économique du médicament en France, contrairement à de nombreux autres pays comparables comme le Royaume-Uni, l'Allemagne ou la Suède, et que les règles actuelles créent une grande confusion entre les acteurs. Le rapport de la Cour des comptes sur



l'application des lois de financement de la sécurité sociale de cette année souligne quant à lui les effets de ce retard pour la maîtrise des dépenses de médicaments. Et la Cour des comptes de conclure : « *la nécessité de prendre en compte l'évaluation médico-économique implique d'élargir au plus vite les compétences attribuées à la Haute autorité de santé en 2008* ». L'évaluation médico-économique a pour objet de comparer des stratégies thérapeutiques en prenant en compte des critères d'efficacité préventive ou thérapeutique, des critères d'utilité liés à la qualité de vie et des critères économiques, c'est-à-dire les coûts mais aussi les conséquences pour la collectivité.

D'importants travaux de recherche en économie comme en évaluation de la santé sont menés partout dans le monde actuellement. Notamment, le principe d'un ambitieux programme de développement de la « *comparative effectiveness research* » de plus d'un milliard de dollars a été lancé aux États-Unis dans le cadre de la réforme Obama. L'enjeu pour la santé publique est considérable dans la mesure où les différences des pratiques peuvent être préjudiciables pour les patients qui ne bénéficient alors pas des dernières données et des dernières possibilités de la science.

En France, l'approche de ces questions est longtemps restée très timorée. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 a donné compétence à la HAS pour émettre « *des recommandations et avis médico-économiques sur les stratégies de soins, de prescription ou de prise en charge les plus efficaces* ». L'article 33 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 modifie les compétences de la HAS en précisant que cette dernière se prononce sur l'efficacité des produits, des actes ou des prestations de santé, c'est-à-dire sur leur efficacité au regard de leur coût, et qu'elle réalise ou valide les études médico-économiques nécessaires à leur évaluation. Il pose le principe d'une évaluation médico-économique systématique pour les produits et technologies candidats à la prise en charge par l'assurance maladie lorsque les enjeux sanitaires ou économiques sont importants. Il fixe un certain nombre de critères qui encadrent cette obligation et, notamment, le concept qui est assez nouveau en France d'amélioration du service médical rendu. C'est-à-dire que pendant très longtemps en France on a autorisé la distribution et le remboursement de médicaments en évaluant leur service médical « tout court » : on prenait chaque médicament et on regardait s'il avait, sur le plan médical, un effet bénéfique et quel était son coût. En réalité cette analyse est courte. Le vrai problème c'est quand il y a cinquante médicaments pour une indication thérapeutique, de savoir si le cinquante et unième que l'on présente apporte quelque chose de nouveau et présente un intérêt médico-économique par rapport aux cinquante qui existent déjà. C'est ça l'amélioration du service médical rendu et c'est ça que devra désormais apprécier la HAS.

Je donne la parole à Sylvie Hubac, présidente de la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État, et aux orateurs de la quatrième table ronde sur l'indemnisation des préjudices.





Quatrième table ronde

L'indemnisation des préjudices

Une fois acquis le principe de l'indemnisation, dans le cadre d'une procédure amiable ou contentieuse, l'évaluation des dommages constitue un enjeu important pour les victimes. Les différents postes de préjudice, leur mode d'indemnisation et les recours des tiers payeurs seront analysés dans une approche constructive. La table ronde mettra en outre l'accent sur le rôle des assureurs dans l'indemnisation des victimes.

Sommaire

Présentation des intervenants	p. 196
Actes de la table ronde	p. 198
Propos conclusifs	p. 223
Témoignages	p. 224
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire	p. 226
Nomenclature <i>Dintilhac</i>	p. 248
Avis <i>Lagier</i>	p. 249



Les intervenants

Sylvie Hubac

Présidente de la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État
Présidente de la table ronde

Diplômée de Sciences Po, licenciée en droit et ancienne élève de l'École nationale d'administration, Sylvie Hubac entre comme auditeur au Conseil d'État en 1980. Elle exercera ses fonctions successivement à la section du contentieux, à la section sociale et au centre de documentation. En 1986 elle est nommée commissaire du Gouvernement à la section du contentieux. Elle rejoint le cabinet du Premier ministre en 1988 où elle est chargée de mission puis conseiller technique. Elle réintègre, en 1991, la section du contentieux du Conseil d'État avant d'être nommée, en 1992, directeur adjoint au cabinet du ministre d'État, ministre de l'éducation nationale et de la culture. En 1993, elle prend les fonctions de premier conseiller à l'ambassade de France en Espagne. En 1996, Sylvie Hubac revient au Conseil d'État où elle est affectée à la section du contentieux, elle sera nommée commissaire du Gouvernement en 1997. De 1998 à 2000 elle est directeur général des services de la région Ile-de-France et, de 2000 à 2004, directeur de la musique, de la danse et des spectacles au ministère de la culture et de la communication. Depuis 2004, Sylvie Hubac est présidente de la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux.

Domitille Duval-Arnould

Magistrate chargée des fonctions de maître des requêtes à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État

Docteur en droit et titulaire d'une habilitation à diriger des recherches, Domitille Duval-Arnould est magistrate. Après avoir été auditeur de justice, elle a exercé différentes fonctions au sein des tribunaux de grande instance de Versailles et de Bobigny. Elle a été conseiller référendaire à la Cour de cassation de 1997 à 2007, successivement à la chambre sociale et la 1^{ère} chambre civile, puis conseiller à la cour d'appel de Paris au sein de la 1^{ère} chambre civile et était, dans le cadre de ces fonctions, plus spécialement chargée de dossiers de responsabilité des professionnels de santé, des établissements de santé privés et des laboratoires pharmaceutiques. Elle est depuis le 1^{er} avril 2010 détachée au Conseil d'État à la 5^{ème} sous-section traitant en particulier le contentieux de la responsabilité hospitalière et à la section du rapport et des études. Elle participe à des enseignements universitaires et à des formations sur le thème de la responsabilité médicale. Elle est l'auteur de différentes publications sur ce thème et notamment d'un ouvrage : « *Droit et santé de l'enfant* » (Masson 2002) écrit en collaboration avec Marc Duval-Arnould.

Sabine Gibert

Directrice juridique de l'ONIAM

Sabine Gibert, docteur en droit, directrice juridique de l'ONIAM (office national d'indemnisation des accidents médicaux), auteure de l'ouvrage « *Guide de responsabilité médicale et hospitalière, Quelle indemnisation du risque médical aujourd'hui ?* » (Éd. Berger-Levrault, Juin 2011), ancienne juriste de la FHP (Fédération de l'hospitalisation privée) et à ce titre ancien membre du BCT (Bureau central de tarification) médical, ancien administrateur de l'ABM (Agence de la biomédecine).

Nicolas Gombault

Directeur général de la société médicale d'assurance et de défense professionnelles « Le Sou médical »

Nicolas Gombault est docteur en droit et directeur général du Sou Médical-groupe MACSF, société d'assurance spécialisée dans l'assurance de la responsabilité médicale. Il siège à la CRCI Ile-de-France, au Bureau central de tarification, à l'Observatoire des risques médicaux et est membre du bureau du Groupement des entreprises mutuelles d'assurance (GEMA). Il enseigne le droit médical et publie régulièrement sur des sujets concernant la responsabilité médicale et son assurance.

Marianick Lambert

Secrétaire générale du collectif interassociatif sur la santé (CISS)

Après des études de droit et de psychologie à Nancy et à Lyon, Marianick Lambert devient avocat au barreau de Lyon et de Paris. Elle est coordinatrice du pôle juridique de l'Union féminine civique et sociale, et de l'association de consommateurs. Marianick Lambert est aussi secrétaire générale du Collectif Interassociatif sur la santé, membre de la Commission des clauses abusives et du Comité consultatif du secteur financier, membre de la Conférence nationale de santé, de la Commission nationale des accidents médicaux et de la Chambre régionale de commerce et d'industrie Paris - Ile-de-France.

Jean Mazars

Conseiller doyen de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Jean Mazars a été juge à Boulogne-sur-Mer, substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Toulouse, puis juge à Paris. Il a ensuite été détaché auprès de l'administration centrale du ministère de la justice, avant d'être nommé premier substitut à l'administration centrale de ce ministère en 1986, où il a notamment exercé les fonctions de chef du bureau du droit civil général et de sous-directeur de la législation civile. En 1994, il a été nommé président de chambre à la cour d'appel de Paris. Il est devenu conseiller à la Cour de cassation en 1999 et y exerce les fonctions de doyen de la 2^{ème} chambre civile depuis 2007. Il est l'auteur de plusieurs publications, en particulier sur le droit des personnes et l'état civil, le droit de la presse, la responsabilité extracontractuelle et l'indemnisation des préjudices.



Actes – L'indemnisation des préjudices

Sylvie Hubac

*Présidente de la 5^{ème} sous- section de la section du Contentieux du Conseil d'État,
Présidente de la table ronde*

Au cours de cette quatrième table ronde, nous allons aborder la question de l'indemnisation du préjudice corporel.

Une fois acquis le principe de la réparation du dommage causé par un accident de santé, sur le terrain de la responsabilité pour faute ou faute présumée ou sur celui de la mise en œuvre de la solidarité nationale à raison de la survenance d'un aléa thérapeutique ou d'un risque sanitaire identifié, questions qui ont été abordées hier, vient la seconde étape, celle de l'évaluation des conséquences de cette faute ou de cet aléa dans la vie de la victime, conséquences qu'il faut appréhender dans toutes dans leurs dimensions, physiques, psychiques, économiques, matérielles.

Cette seconde étape, souvent considérée comme technique et comptable, voire comme secondaire, n'est en réalité pas moins délicate que la première étape, la solidarité.

Pour la victime, en effet, après la satisfaction morale que procure la condamnation de l'auteur du dommage ou la reconnaissance d'une dette de la société à son égard, cette étape est un moment de vérité dans lequel va s'exprimer sous forme monétaire le prix humain et social de l'accident, lui donner une valeur censée réparer le dommage. Réparer, au sens commun, c'est remettre en état. S'agissant de dommages corporels, souvent irréversibles, cette remise en état est évidemment une quête impossible. L'argent ne peut suffire à effacer toutes les blessures laissées par l'accident sur un corps. Pour la victime, l'indemnisation du préjudice exprimée en chiffres est souvent un moment de retour à la réalité qui peut être difficile.

Cette seconde étape est aussi délicate pour ceux qui ont à fixer la valeur du dommage causé, qu'il s'agisse de l'assureur, de l'ONIAM ou du juge. Il convient en effet d'assurer la réparation intégrale du préjudice mais rien qu'elle. L'on verra alors les difficultés que cela pose compte tenu de l'existence le plus souvent d'un « état antérieur » de la victime au moment de l'hospitalisation. Il s'agit aussi d'éviter les doubles indemnisations lorsque la victime a reçu des prestations légales compensatrices, de personnaliser au plus près l'évaluation de chaque chef de préjudice en tenant compte de multiples paramètres : l'âge de la victime, le degré de son handicap, ses ressources, son mode de vie, son état psychologique, tout en veillant à traiter également des situations comparables. Il convient enfin de s'expliquer sur les chiffres retenus, de s'assurer de la clarté de la décision rendue et de sa compréhension par ses destinataires.

À la fois artisanale et sophistiquée, la tâche est ainsi, pour l'évaluateur, difficile et exigeante.

Mais si l'on jette un regard rétrospectif sur la question de la réparation, nul ne disconvient, je crois, de ce que l'indemnisation du préjudice corporel a connu une évolution assurément très positive ces dernières années sous l'influence de trois facteurs essentiels.

D'abord, l'introduction d'une réparation amiable pour les risques pris en charge par la solidarité nationale par la loi du 4 mars 2002¹³⁷, qui a élargi le champ de l'indemnisation, l'a facilitée et a contribué à la clarifier grâce à la mise en œuvre par les CRCI et l'ONIAM d'outils méthodologiques publics et transparents qui faisaient défaut jusque là. Je crois qu'il faut en rendre hommage à l'Office.

Le deuxième facteur c'est évidemment le vote de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006¹³⁸, qui a modifié le mode d'imputation des débours des tiers payeurs sur les sommes mises à la charge du tiers responsable. Cette disposition a posé le principe d'une indemnisation poste par poste et celui d'un droit de préférence de la victime, à laquelle le partage de responsabilité n'est plus opposable et qui peut désormais obtenir réparation de toute la part de son préjudice qui n'a pas été réparé par les prestations des tiers payeurs.

Enfin, se sont produites des avancées jurisprudentielles significatives et de plus en plus convergentes de chaque ordre de juridiction. On pense ici notamment à la reconnaissance du préjudice de contamination¹³⁹, au mode de réparation du préjudice de l'enfant handicapé alternativement pris en charge au domicile de ses parents et en institution¹⁴⁰, à la reconnaissance par les deux cours suprêmes de l'existence de préjudices subjectifs chez une victime en état végétatif chronique ou encore de l'existence d'un préjudice lié à la perte de chance de survie.

Ce que certains auteurs commentant l'état de la question ont pu appeler une « *dynamique de rénovation de la réparation* »¹⁴¹ a été inspirée essentiellement par la volonté d'assurer une meilleure indemnisation des victimes.

Il y a cependant encore du chemin à parcourir et il est certain que le chantier de la réparation « reste ouvert »¹⁴² : la mécanique de la réparation demande encore certains réglages ; certains préjudices résistent à une évaluation juste ; les réparateurs disposent d'outils disparates et sans doute imparfaits.

C'est ce que nous tenterons de démontrer au cours de ce débat, avec l'intention de dégager quelques pistes d'améliorations nouvelles pour l'avenir.

Ce débat réunit :

- Marianick Lambert, secrétaire du collectif interassociatif sur la santé, représentante des usagers de santé ;
- Nicolas Gombault, directeur général de la société médicale d'assurances et de défense professionnelle « Le Sou Médical »¹⁴³;

137 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

138 Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007.

139 La Cour de cassation a donné une définition à la fois large et concrète dans son arrêt de 2^{ème} chambre civile du 18 mars 2010, en marquant sa distinction avec le DFP temporaire et permanent.

140 CE, 25 juin 2008, *CPAM de Dunkerque*, n° 235887, Rec. p. 232.

141 Formule empruntée aux auteurs d'une chronique parue à l'AJDA en 2009.

142 Pour paraphraser à nouveau les auteurs précités.

143 Qui compte 117 000 assurés médecins.



- Jean Mazars, doyen honoraire de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation ;
- Sabine Gibert, directrice juridique de l'ONIAM ;
- et Domitille Duval-Arnauld, magistrat détaché au Conseil d'État dans les fonctions de maître des requêtes et qu'il faut particulièrement saluer pour avoir réalisé les synthèses tout à fait remarquables de jurisprudence administrative et judiciaire.

Le chantier de la réparation est vaste et complexe. Compte tenu du temps imparti, nous avons fait le choix de donner quelques coups de projecteurs, qui seront nécessairement rapides, sur des questions saillantes ou récurrentes touchant à l'indemnisation du dommage corporel.

Ces questions concernent la réparation intégrale du préjudice et sa mise en œuvre par le juge suivant la « nomenclature Dinthillac »¹⁴⁴ ou la méthode définie dans l'avis *Lagier*¹⁴⁵, les difficultés d'évaluation de certains types de préjudices et pas seulement les préjudices dits « subjectifs », et enfin la question de l'intelligibilité et de la compréhension de l'indemnisation par ceux qu'elle concerne.

Mais avant d'y venir, il nous a paru utile de nous arrêter un instant sur une question qu'évoquait tout à l'heure le président Dutheillet de Lamothe, qui est celle de l'entrée dans l'indemnisation. Car, pour la victime, rechercher son indemnisation, c'est d'abord s'interroger sur le choix qu'elle va faire entre la voie amiable transactionnelle et la voie juridictionnelle. A quel moment et comment se fait ce choix ? Sur quels critères ? Le montant attendu des réparations est-il déterminant dans la stratégie ? Quels sont les autres critères qui peuvent intervenir dans ce choix : la durée, le coût des procédures ... ? Au fond, comment s'opère l'arbitrage ? De la même manière, pour l'assureur, comment et à partir de quel moment décide-t-il de faire une offre ? Est-ce la seule certitude que le tiers qu'il assure risque d'être condamné au contentieux qui le pousse à faire une offre ? Comment calcule-t-il celle-ci ? Enfin, quel risque est pris lorsque la victime, qui a d'abord choisi la voie transactionnelle, décide de la quitter pour la voie contentieuse ?

Sur ces questions, je vais passer la parole successivement à Mme Lambert, M. Gombault, Mme Gibert.

Marianick Lambert

*Secrétaire du collectif interassociatif sur la santé,
représentante des usagers de santé,*

Permettez-moi d'abord de vous dire qu'il y a dix ans, je n'aurais sans doute pas eu l'honneur d'être à cette table ronde parmi vous. Je dois incontestablement ma présence à la loi du 4 mars 2002, qui a reconnu leur place aux malades, aux patients, à l'utilisateur, selon les différents termes employés et, aujourd'hui, à la victime d'un accident médical.

Alors, comment s'opère le choix de la voie d'indemnisation pour une victime ?
Quels facteurs peuvent l'influencer ?

144 Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, 2005, disponible sur <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>.

145 CE, 4 juin 2007, *Lagier*, n° 303422, Rec. p. 228.



J'évoquerai rapidement les deux extrémités de ce choix : la voie transactionnelle directe et la voie pénale.

La voie transactionnelle directe – je laisserai l'assureur donner plus d'informations sur cette procédure – vise évidemment de façon exclusive l'indemnisation. Parfois, une voie transactionnelle est acceptée par méconnaissance de l'ensemble du système. D'autres fois, elle est au contraire choisie par des personnes qui visent exclusivement l'indemnisation et qui se sentent suffisamment informées et armées pour négocier cette transaction directe.

A l'inverse et à l'autre extrémité, la voie pénale répond davantage à ce que j'appellerais « un choix moral ». Il s'agit surtout d'une recherche de culpabilité : il faut un coupable et par là-même une condamnation. Comme l'a dit Mme Champrenault hier, et comme cela est également constaté devant les CRCI, l'on peut retrouver un certain nombre de victimes, soit dans la voie pénale soit devant les CRCI, qui ne recherchent pas une vengeance mais plutôt une explication. Elles veulent de l'information, elles veulent comprendre ce qui leur est arrivé et elles veulent surtout empêcher ainsi que cela ne se reproduise.

Les deux options qui nous préoccupent aujourd'hui sont les suivantes :

- la voie amiable, qui est incarnée par le dispositif de la loi du 4 mars 2002, et son tripode, la Commission nationale des accidents médicaux (CNAMed), l'ONIAM et les CRCI ;
- la voie juridictionnelle.

La loi du 4 mars 2002, en instituant ce dispositif amiable à côté de la voie juridictionnelle, a incontestablement ouvert le champ de l'indemnisation à des victimes qui ne seraient jamais allées devant les tribunaux.

Pourquoi n'y seraient-elles pas allées et pourquoi choisissent-elles la voie des CRCI plutôt que celles des tribunaux ? Parce que l'institution leur fait peur, elles ne la connaissent pas, elles sont souvent fragilisées, traumatisées par l'accident qu'elles ont subi. Elles sortent de ce qu'elles ont souvent vécu comme un rapport de force avec le monde médical et appréhendent un nouveau rapport de force dans une procédure contentieuse. Elles n'osent pas « y aller », elles n'osent pas consulter un avocat et elles n'en ont pas toujours les moyens financiers. Il est vrai que le dispositif créé a contribué à élargir l'accès au droit, mais il ne constitue pas pour autant une « sous-justice ». Il convient d'être extrêmement vigilant pour qu'il ne le devienne pas.

Plus concrètement, ce qui peut présider au choix de la procédure amiable incarnée par la voie des CRCI par rapport à la transaction directe avec l'assureur, et indépendamment des aspects « aléa » ou « infection nosocomiale », c'est bien la possibilité d'avoir un regard tiers, *via* une expertise objective et gratuite. Par rapport à la voie juridictionnelle, c'est la facilité d'accès du dispositif, son faible coût et sa rapidité qui plaident en faveur de la procédure amiable.

On voit bien que la recherche de la meilleure indemnisation au sens « indemnisation maximale » n'est pas l'élément déterminant au choix de la victime ; cette dernière fait plutôt le choix d'une indemnisation dans les meilleures conditions.



C'est une indemnisation dans des meilleures conditions, parce que la procédure CRCI est rapide. Elle est plus rapide que la procédure juridictionnelle, qu'elle soit judiciaire ou administrative, même si, il faut bien le constater, elle dépasse parfois les délais prévus, et même si l'indemnisation finale et totale, après l'avis favorable d'une CRCI, est aussi parfois longue à venir.

Elle est à faible coût puisque l'expertise est gratuite et qu'il n'y a pas d'assistance obligatoire, même si, il faut le reconnaître, cette assistance est très utile.

Enfin, elle est abordable, en ce sens qu'elle est beaucoup moins intimidante de par son caractère amiable, mais aussi parce que la composition même de la CRCI, avec la présence de représentants des usagers, peut rassurer la victime. Ce caractère rassurant et moins intimidant de la procédure devant la CRCI est tout de même à nuancer. Il faut bien reconnaître que les victimes qui choisissent cette voie sont très fréquemment confrontées au sentiment d'infériorité, notamment lors des opérations d'expertise lorsqu'elles ne sont pas assistées. De même, elles vivent souvent cette expérience comme une « comparution », et peuvent être extrêmement impressionnées de se retrouver devant un aréopage de personnes qu'elles n'identifient pas toujours et dont elles ne savent pas qui elles représentent. Mais, au moment où elles font leur choix, elles n'ont pas conscience de ces éléments.

L'indemnisation proprement dite, c'est-à-dire dans son montant attendu, n'est donc pas le seul critère de choix, et ce d'autant plus que les disparités qui existent entre les indemnisations selon les juridictions, selon la voie amiable ou selon la voie juridictionnelle, ne sont pas connues par les victimes ou du moins par la majorité d'entre elles. Toutefois, depuis dix ans, depuis la loi du 4 mars 2002, le développement d'Internet a rendu accessible l'information. Aujourd'hui, par la multiplicité des forums, les montants d'indemnisation commencent à devenir accessibles.

En vue de conseiller les victimes dans ce choix initial de la voie d'indemnisation amiable ou transactionnelle, les associations envisagent l'ensemble de ces éléments : le choix et le conseil se fait au cas par cas, compte tenu des éléments objectifs des deux voies mais aussi des éléments subjectifs propres à chaque victime.

Nicolas Gombault

*Directeur général de la société médicale d'assurance
et de défense professionnelles « Le Sou médical »*

Le médecin et son assureur n'ont pas la possibilité de décider du choix du demandeur mais ils ont en revanche la possibilité de l'orienter, sachant qu'un médecin aime très certainement autant se retrouver à la barre d'un tribunal qu'un magistrat dans un lit d'hôpital. Alors bien entendu nous avons, d'un côté, l'amiable, dans lequel j'inclurai aussi les procédures CRCI et de l'autre, le contentieux. Comme cela a été rappelé, l'amiable et les CRCI sont marqués par une rapidité, d'une part, et par une gratuité, d'autre part, tout du moins un moindre coût pour le demandeur, Mais à mon sens, il n'y a pas que cela qui va être déterminant dans le choix du demandeur.



D'après les études qui ont pu être menées outre-Atlantique et outre-Manche, la qualité de la relation qui a pu être préservée ou pas pu entre, d'une part, le malade et, d'autre part, le médecin, le professionnel de santé ou l'établissement d'une façon générale, rentrent aussi en ligne de compte. Le refus de compassion, le refus d'empathie, le refus de l'écoute entraîneront très certainement, dans la majorité des cas, le recours à la voie juridictionnelle. A mon sens, même si des éléments objectifs sont pris en compte, on y reviendra, ce choix n'est pas simplement dicté par des éléments qui sont d'ordre rationnel.

Les études que je mentionnais, et je crois qu'on peut aussi les rapporter à la France, démontrent quatre moteurs au niveau de l'action des victimes :

- les malades agissent d'abord pour connaître la vérité et cette vérité, ils ne l'ont pas toujours obtenue ;
- ils agissent pour que ce qu'ils ont vécu ne se reproduise pas ;
- ils agissent pour être indemnisés ;
- ils agissent, éventuellement, pour que les coupables soient condamnés.

Ce que je voudrais vous préciser de tout à fait remarquable, c'est que nous assistons depuis 2002 à une évolution assez significative de la répartition de ce choix entre l'amiable, le judiciaire et les CRCI. C'est du reste tout à fait surprenant à mon sens.

Je voudrais simplement vous donner les statistiques issues des deux sociétés que je représente. Elles sont évidemment parcellaires puisqu'elles ne représentent pas la totalité du marché, mais nous assurons environ 60 % des médecins français libéraux, donc je crois que c'est tout de même significatif.

Au moment où nous sommes saisis de la réclamation à l'encontre de nos sociétaires, c'est-à-dire à l'ouverture du dossier :

- pour les procédures civiles : nous enregistrons, en 2004, 30 % de procédures engagées contre 20 % en 2010 ;
- pour les procédures devant les CRCI : nous enregistrons, en 2004, 14 % de procédures contre 28 % en 2010. On voit donc que ce taux a doublé ;
- les réclamations amiables, traitées donc de gré à gré entre l'assureur et le malade, sont sensiblement équivalentes puisqu'elles passent, de 2004 à 2010, de 36 % à 38 %.

On voit ainsi une baisse des procédures civiles au profit des procédures CRCI. Même s'il existe dans les CRCI, comme vous le savez, un filtre important lié à la gravité du préjudice, ce dernier n'a pas empêché cette évolution et les saisines sont de plus en plus importantes et de plus en plus fréquentes. Cela s'explique notamment par des éléments objectifs tels le faible coût de la procédure, la rapidité des délais de la procédure et le montant de l'indemnisation espérée.

De la part de l'assureur, la stratégie privilégie à l'évidence la voie amiable, soit la procédure amiable pure soit la procédure *via* les CRCI compte tenu notamment d'une économie évidente sur les frais de procédure qui en résultera. Bien entendu, cette procédure amiable ne pourra prospérer pour l'assureur que dès lors que les prétentions adverses ne seront pas excessives par rapport à ce que nous supposons qu'octroierait une juridiction saisie dans des cas similaires.



Ce que je voudrais ajouter, c'est que d'un point de vue pratique, nous constatons aujourd'hui un obstacle à la transaction, à la procédure amiable pure, dans des circonstances de dossiers de préjudices extrêmement lourds, avec des conséquences humaines qui peuvent être terribles et liées finalement, en libéral, à l'exercice pluridisciplinaire.

Aujourd'hui, de plus en plus en matière de responsabilité médicale, lorsque la chaîne des soins a « dysfonctionné », nous nous retrouvons face à des réclamations qui peuvent concerner non pas un seul mais une multitude de praticiens, une multitude d'établissements qui peuvent avoir les uns et les autres des statuts divergents (public ou privé). Évidemment, cette multiplicité d'intervenants n'est pas de nature à faciliter la voie transactionnelle pure, tout simplement parce qu'à ce moment-là les intérêts sont contradictoires, les assureurs peuvent être différents. Il est alors extrêmement difficile de mener une procédure transactionnelle qui verrait l'assentiment de l'ensemble des acteurs en matière de responsabilité médicale, il faut s'entendre sur la causalité, d'une part, et sur le *quantum* du préjudice, d'autre part. Dans ces conditions, cela pousse à mon sens au contentieux sur les préjudices les plus lourds.

Dernier élément pour les procédures CRCI que je voudrais signaler : selon un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 7 juillet 2011¹⁴⁶, l'ONIAM a la possibilité de se substituer en cas d'offre manifestement dérisoire de l'assureur, ce qui n'était initialement pas prévu par la loi, et ce qui expose l'assureur, en pareil cas, à une pénalité de 15 %. Évidemment cette décision n'est pas de nature à laisser l'assureur ne pas favoriser la voie transactionnelle et ne pas suivre l'avis de la CRCI qui est rendu.

Dernier chose sur laquelle je voulais insister, c'est qu'au niveau du choix, nous constatons finalement aujourd'hui, dans de nombreux dossiers, une absence de choix ou un choix multiple, un peu comme un QCM. Nous avons alors à faire face à une sorte de « shopping procédural » de la part du demandeur, mais Sabine Gibert voudra, je crois, vous en parler.

Sabine Gibert

Directrice juridique de l'ONIAM

Effectivement, avant tout, parler de choix pour l'opérateur qu'est l'ONIAM, qui met en place des dispositifs amiables, qui est donc chargé de convaincre qu'il y aurait un avantage à y venir puisque, sinon, pourquoi les mettre en place, c'est parler de préférence. Pour l'opérateur, parler de choix, c'est parvenir à mordre sur la voie contentieuse. Il ne s'agit pas pour l'ONIAM de devenir le seul lieu où se traite le litige mais tout ce qui est bien balisé, et justement bien éclairé précédemment par les juridictions, doit pouvoir conduire à préférer la transaction. Cependant, il y a encore des situations insuffisamment balisées en droit et en jurisprudence, pour lesquelles la voie transactionnelle reste difficile à envisager, conduisant les acteurs du dispositif, notamment l'ONIAM, à ne pouvoir transiger.

Ainsi, opérer un choix pour l'opérateur ONIAM, c'est parler de préférence.

146 Cass., 1^{ère} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-19766, Bull. n° 752.



Parler de choix des parties dans la voie transactionnelle, c'est aussi parler de cumul puisque dans le plupart de nos dispositifs, la personne a le choix d'aller vers une procédure ou l'autre, mais elle a aussi le choix d'engager les procédures parallèlement. C'est véritablement important de le dire car les personnes qui font ce choix, parce qu'il leur est laissé par le législateur, doivent être conscientes que qu'il s'agit d'un choix responsable. Parfois, les deux voies procédurales s'entrechoquent et la transaction est rendue impossible du seul fait qu'on a obtenu parallèlement à l'expertise CRCI une expertise judiciaire et que les deux expertises se contredisent. Ne reste alors plus qu'une option, faire trancher cette contradiction par le juge.

Parler de choix, c'est aussi parler de choix responsable quand à l'issue d'une voie transactionnelle en cas de contestation de l'avis d'une CRCI ou de l'offre qui a été réalisée par le régleur.

Les juridictions ont retenu que l'ONIAM peut reprendre sa liberté sur la base des nouveaux éléments en sa possession devant les juridictions en dépit de l'offre initialement réalisée et refusée par le demandeur à la procédure. L'offre devient donc caduque. Le TGI de Nanterre disait en 2006 que, faisant le choix d'intenter une action judiciaire, la victime ne peut plus se prévaloir utilement des éléments de la procédure amiable qu'elle a délibérément fait le choix de quitter.

Le rapport d'activité de l'ONIAM fait apparaître que lorsqu'une personne refuse l'offre qui a été faite par l'ONIAM à l'issue d'une procédure CRCI, dans près de 60 % des cas, elle sera complètement déboutée de sa demande devant le juge. Ça veut dire que la CRCI s'est trompée en croyant reconnaître un droit à indemnisation, que l'ONIAM s'est trompé en faisant une offre d'indemnisation et que peut être l'avocat s'est trompé en conseillant à son client de refuser cette offre transactionnelle.

Enfin, parler de choix, c'est aussi parler de « shopping procédural », autrement dit, de la tendance consistant à venir obtenir de la voie amiable les avantages qu'elle procure (expertise gratuite, aucun dépens de procédure, voire première offre partielle ou provisionnelle), avant d'aller ensuite devant une juridiction pour espérer obtenir une meilleure indemnisation.

Le rôle des juridictions est essentiel pour lutter contre ce « shopping procédural ». Une décision de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 21 décembre 2006¹⁴⁷, qui ne concernait pas l'ONIAM mais le FIVA¹⁴⁸, précisait justement que le législateur a voulu que la victime opte entre l'indemnisation par le fonds ou par les tribunaux, et que lorsqu'elle a choisi de saisir le fonds, elle ne peut diviser sa demande qui doit englober l'ensemble des préjudices subis.

Effectivement, ce choix est responsable, ce double cumul n'est pas empêché. Mais il faut véritablement que, à chaque étape de ce choix, les demandeurs et leurs conseils soient bien éclairés sur le fait que certaines variables empêchent ensuite la transaction et, surtout, qu'ils comprennent qu'on ne peut plus prétendre à l'un des éléments de la procédure amiable lorsqu'on a fini par choisir de faire trancher le litige devant le juge.

147 Cass., 2^{ème} civ. 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13056, Bull. n° 367.

148 Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.



Vous fournissez une transition. Demander au juge de trancher le litige, pour éclairer et baliser, comme vous venez de le dire, l'étendue de l'indemnisation, c'est la seconde question que nous allons maintenant examiner.

Je rappelais en introduction que le principe cardinal de l'indemnisation c'est que celle-ci doit assurer la réparation intégrale du préjudice. Nous allons maintenant essayer d'examiner ensemble comment les juges administratifs et judiciaires procèdent, en utilisant des outils qui leur sont propres, même s'ils convergent de plus en plus dans les mécanismes de la réparation. Je vais passer la parole à Domitille Duval-Arnauld qui va nous présenter l'état des lieux sur cette question.

Domitille Duval-Arnauld

*Magistrate, chargée des fonctions de maître des requêtes
à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État*

Je voudrais d'abord mettre l'accent sur les importantes convergences entre juges administratifs et judiciaires en matière d'indemnisation, avant d'évoquer quelques divergences.

I. De très nombreuses convergences

Pour assurer une réparation intégrale des préjudices n'engendrant donc ni perte ni profit pour les victimes, les juges judiciaires et administratifs ont adopté un certain nombre de règles communes. Par exemple, ils ont prohibé une indemnisation forfaitaire des préjudices en imposant à la victime d'apporter la preuve des préjudices qu'elle a subis. Ils ont admis un complément d'indemnisation en cas d'aggravation, le versement de provisions en référé ou au fond en l'absence de consolidation et l'indemnisation de frais futurs sous réserve qu'ils soient certains...

Ils ont aussi un raisonnement commun consistant à apprécier l'ensemble du préjudice subi par la victime, à déterminer ensuite la part qu'elle a supportée, la part qu'ont supportée les tiers payeurs, la part éventuelle du tiers responsable en cas de responsabilité partielle, et à fixer ensuite les montants dus à la victime et aux tiers payeurs qui ne pourront être qu'un reliquat si effectivement il y a une responsabilité partielle dès lors que la victime bénéficie d'un droit de préférence en application de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006.

Ils ont la même approche d'un certain nombre de situations, en estimant qu'elles ne justifient pas de réduction du droit à indemnisation : je pense en particulier à la victime qui est assistée par un membre de sa famille au lieu d'une tierce personne rémunérée¹⁴⁹, à la victime dans un état de coma prolongé¹⁵⁰, ou encore à la victime présentant une prédisposition pathologique lors que l'affection qui en est issue n'a été révélée ou provoquée que par l'acte médical litigieux.¹⁵¹

149 Cass., plén. 28 novembre 2001, pourvoi n° 00-14248, Bull. n°15, et 2^{ème} civ., 5 juin 2003, pourvoi n° 01-16335, Bull. n°176, et CE, 22 février 2010, *Guerrault*, n° 313333, inédit au Rec.

150 Cass., 1^{ère} civ. 22 février 1995, pourvoi n° 93-12644, Bull. n° 61 ; 28 juin 1995 Bull n° 224, pourvoi n° 93-18465 et CE, 20 octobre 2004, *M et Mme Maridet*, n° 247080, Rec. p.445.

151 CE, 27 octobre 2000, *CH de Seclin*, n° 208640, Rec. p. 478 ; Cass., 2^{ème} civ., 10 novembre 2009,

Ils ont une démarche commune consistant à examiner les éléments et pièces versés aux dossiers, à partir desquels ils vont essayer de se forger une conviction sur l'existence et l'étendue des préjudices. Ils sont alors nécessairement très attentifs à ce qu'ils ont pu juger dans d'autres dossiers un peu analogues, à ce que peuvent juger d'autres formations de la même juridiction, d'autres juridictions du ressort, ce qui va naturellement les amener, pour essayer d'être très rigoureux, à établir des grilles, des barèmes, voire à appliquer le barème de l'ONIAM. Ils ont plus généralement la même manière de travailler que l'on peut qualifier d'« artisanale ».

Ils éprouvent en outre les mêmes difficultés pour distinguer la part des dommages corporels liés à la faute, l'accident ou l'infection et la part liée à l'état antérieur du patient ou au traitement subi et sont souvent tout aussi démunis pour fixer certains préjudices faisant intervenir de nombreux paramètres tels que le préjudice professionnel.

II. Quelques divergences

Elles sont essentiellement liées à l'application, par les juridictions judiciaires, de la nomenclature *Dintilhac* élaborée en octobre 2005 et, par les juridictions administratives, de l'avis *Lagier* du 4 juin 2007 et à l'étendue du recours des tiers payeurs, que Jean Mazars évoquera plus particulièrement. Ces différences se concentrent essentiellement sur les préjudices de la victime directe.

A. Les différences essentielles entre la nomenclature Dintilhac et l'avis Lagier

1. Les postes de préjudice

La nomenclature *Dintilhac* est bâtie autour de la notion centrale de consolidation correspondant à la date de stabilisation des conséquences des lésions et distingue 20 postes de préjudice déclinés suivant leur nature temporaire ou permanente, patrimoniale ou extrapatrimoniale. Elle est en principe applicable et est appliquée par les juridictions qu'il y ait ou non un recours des tiers payeurs.

L'avis *Lagier* permet une globalisation de l'ensemble des préjudices, sous réserve qu'il n'y ait pas de recours des tiers payeurs, l'indemnisation poste par poste n'étant en réalité considérée comme nécessaire que dans l'hypothèse d'un recours. Il définit les postes de préjudice comme un ensemble de préjudices de même nature. Il distingue cinq postes de préjudices économiques et un poste de préjudice personnel avec des sous-distinctions en cas de recours des tiers payeurs au sein de ce poste. Il ne distingue pas entre préjudices temporaires et permanents, même si le juge administratif comme le juge judiciaire est amené à examiner distinctement quand il va chiffrer les préjudices économiques, les pertes et les dépenses qui ont déjà été subies et celles qui présentent un caractère futur.

Les préjudices personnels sont dans les deux cas réparés indépendamment de leurs conséquences financières.

pourvoi n° 08-13749, Bull. n° 263 et crim., 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-87617, Bull. n° 23.



2. Des différences centrées sur les préjudices personnels

La nomenclature *Dintilhac* indemnise spécifiquement le déficit fonctionnel temporaire (DFT) correspondant à l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle et le déficit fonctionnel permanent (DFP) qui répare le déficit physiologique définitif de la victime, la douleur permanente ressentie, la perte de la qualité de vie, les troubles dans les conditions d'existence au quotidien après la consolidation et la perte d'autonomie personnelle dans les activités journalières. Le juge se réfère le plus souvent pour fixer le montant de l'indemnisation du DFP à des grilles élaborées au sein des CA suivant l'âge et le % de déficit fonctionnel voire au barème de l'ONIAM.

La nomenclature *Dintilhac* indemnise spécifiquement les souffrances temporaires, les souffrances permanentes étant incluses dans le déficit fonctionnel permanent. Elle indemnise le préjudice esthétique provisoire et définitif et le préjudice sexuel dont les contours ont été très précisément définis par la Cour de cassation¹⁵², le préjudice d'agrément qui est limité à la cessation d'une activité sportive ou de loisirs spécifique sauf en matière d'accident du travail. En application de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, il correspond en effet alors aux troubles ressentis dans les conditions d'existence et notamment au préjudice sexuel. Sont enfin aussi spécifiquement indemnisés le préjudice d'établissement, les préjudices permanents exceptionnels et les préjudices liés à des pathologies évolutives telles qu'une contamination par le virus de l'hépatite C.

L'avis *Lagier* distingue, en l'absence de globalisation des préjudices personnels, les souffrances physiques et morales le préjudice esthétique et les troubles dans les conditions d'existence sans exclure d'autres postes de préjudice. Il indemnise donc les troubles dans les conditions d'existence (TCE) et non le DFT et le DFP mais tient compte de l'importance de ce déficit ; les TCE réparant l'ensemble des répercussions du déficit. Le préjudice sexuel et le préjudice d'agrément ne sont pas spécifiquement visés, ils peuvent être réparés au titre des souffrances et des TCE ou distinctement. Le préjudice d'agrément ne subit donc pas les mêmes limitations que dans la nomenclature *Dintilhac*. Le risque d'évolution est indemnisé au titre des TCE et parfois d'un préjudice moral.

B. Leurs incidences

1. Des avantages et des inconvénients respectifs

a- L'application de l'avis *Lagier* peut être plus favorable à la victime en cas de recours des tiers payeurs au titre d'allocations ou de rentes versées dès lors que, contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'État n'a pas actuellement admis que ces prestations pouvaient indemniser un préjudice personnel. L'indemnisation peut paraître aussi plus simple, comme contenant moins de postes, moins de risques d'erreur et moins d'exigences de motivation pour le juge.

152 Il correspond au préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi, au préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel, qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte, ou de la perte de la capacité à accéder au plaisir, et au préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer : Cass., 2^{ème} civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-15842, Bull. n° 115.



Mais l'enveloppe des TCE reste mouvante. Des décisions indemnisent en effet les troubles de toute nature dans les conditions d'existence sans autre précision, d'autres au contraire détaillent les différents aspects du préjudice, d'autres encore indemnisent les TCE ainsi que d'autres préjudices personnels. De même en est-il pour le préjudice d'agrément qui est parfois même réparé à la place des TCE.

La globalisation est en outre peu lisible pour les victimes et elle ne l'est pas non plus pour le juge de cassation. Il est en effet difficile pour lui, lorsque le juge du fond s'est borné à allouer une indemnité au titre des troubles de toute nature dans les conditions d'existence, de déterminer si effectivement tous les aspects du préjudice ont été pris en compte. Enfin, elle ne permet guère d'effectuer de comparaisons sauf au regard du total des sommes allouées et peut conduire à une uniformisation sur cette base ce qui n'est ni pertinent ni satisfaisant.

b- L'application de la nomenclature *Dintilhac* peut favoriser, compte tenu de ses nombreux postes, une surenchère de demandes auxquelles le juge est tenu de répondre et plus de risques d'erreurs.

Mais elle permet une analyse plus fine de l'ensemble des préjudices et une indemnisation a priori plus généreuse par l'effet de l'addition de différents postes sauf dans le cas où un recours est admis sur un poste de préjudice personnel. Elle est plus lisible pour la victime qui sait exactement ce que le juge a pris en compte et si tous les aspects du préjudice ont été pris en compte. Le juge sera plus facilement censuré s'il a omis de prendre en compte certains chefs de demandes.

Je pense aussi que la distinction entre préjudices temporaires et définitifs est assez utile, parce qu'en réalité ces préjudices peuvent avoir des intensités très différentes, voire n'être éprouvés que temporairement ou au contraire seulement après la consolidation. Il est enfin plus facile d'harmoniser les niveaux d'indemnisation en effectuant des comparaisons plus précises poste par poste.

2. Une complexité supplémentaire devant les juridictions

Le recours à des méthodes d'indemnisation différentes est en lui-même et indépendamment de leurs avantages et inconvénients respectifs, une source de complexité supplémentaire alors que dans le même temps l'ONIAM applique la nomenclature *Dintilhac* et que la CNAMed a élaboré pour les expertises en accidents médicaux des modèles d'expertise type sur la base de la nomenclature. La nomenclature est aussi utilisée par d'autres experts et des avocats spécialisés en matière de réparation des préjudices corporels.

Je pense en plus qu'elle est assez difficile à justifier et à comprendre pour une victime, surtout si elle commence par la voie amiable et a recours ensuite à la voie administrative. Elle n'est pas très simple non plus pour le juge administratif, souvent saisi de demandes fondées sur la nomenclature *Dintilhac* et qui est obligé de les requalifier en mode *Lagier*.



3. Des méthodes d'indemnisation de surcroît difficiles à combiner

Une application partielle de la nomenclature *Dintilhac* et de l'avis *Lagier* n'est guère envisageable. A titre d'exemple, le juge administratif ne peut évaluer l'ensemble des souffrances en se référant au barème d'indemnisation de l'ONIAM sauf à laisser sans réparation les souffrances définitives qui sont dans ce barème intégrées au DFP.

Ces différents éléments me font plutôt pencher en faveur d'une harmonisation des méthodes d'indemnisation entre les juridictions et d'un recours à une nomenclature unique avec une correspondance entre les différentes prestations versées par les tiers payeurs et les postes de préjudices qu'elles indemnisent.

Sylvie Hubac

*Présidente de la 5^{ème} sous-section de la section du Contentieux du Conseil d'État,
Présidente de la table ronde*

Juste un mot avant de passer la parole à Jean Mazars sur la question complexe de la correspondance entre les postes de préjudices et les prestations légales versées à la victime ainsi que sur les conséquences que cela peut avoir sur la réparation intégrale. Il existe sur ce point des divergences d'appréciation entre le juge administratif et le juge judiciaire.

La globalisation opérée au sein du poste du préjudice dans les conditions d'existence, à laquelle procède souvent le juge administratif, a effectivement des inconvénients qui ont été tout à fait justement soulignés, en termes de lisibilité et en termes de faculté de comparaison. Elle rend forcément difficile les comparaisons car ce poste va agréger un certain nombre de préjudices subjectifs.

Mais je crois qu'il faut aussi insister sur le fait que cette globalisation présente quelques avantages.

Le premier - et je crois que cela a été déterminant dans l'avis *Lagier* et dans la décision d'unifier le préjudice personnel sous la bannière des troubles dans les conditions d'existence - c'est elle permet une meilleure protection de la victime contre les recours des tiers payeurs, une forme de sanctuarisation.

Deuxièmement, dans l'appréciation juridictionnelle de l'indemnisation, il y a souvent des difficultés liées aux expertises. Si certaines sont tout à fait opérationnelles, efficaces et constituent des outils parfaits d'aide au juge, d'autres sont beaucoup plus incertaines ou difficiles à manier dans l'appréciation et la quantification des préjudices. La globalisation n'est pas systématique les troubles dans les conditions d'existence agrégeant l'ensemble des préjudices personnels, mais le recours à cette systématisation permet d'indemniser justement la victime. Dans les cas où le juge a le sentiment qu'un certain nombre de préjudices sont réels - souffrances, douleurs morales, préjudice d'agrément -, mais que les éléments dans le dossier ne lui permettent de les individualiser, il va les couvrir de cette manière-là. Cette procédure de globalisation est donc parfois, je crois, une manière d'assurer une meilleure indemnisation de la victime que celle qui aurait conduit à individualiser des postes de préjudices que l'on a parfois de la difficulté à chiffrer.

Je passe donc la parole sur la question complexe des correspondances entre postes de préjudices et prestations légales, qui est l'une des difficultés que nous avons les uns et les autres dans l'indemnisation et l'application de la réparation.

Jean Mazars

Conseiller doyen de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Le problème que vous venez d'indiquer est un problème tout à fait actuel. C'est un vieux problème, aggravé essentiellement en raison des difficultés entraînées par la loi du 21 décembre 2006 venue modifier la loi du 5 juillet 1985¹⁵³. Ce nouveau texte traite en effet de manière assez complexe le problème du recours des tiers payeurs. C'est sur cet aspect de la question que je vais me centrer essentiellement.

Depuis la loi du 5 juillet 1985, les postes pour lesquels les tiers payeurs, essentiellement les organismes de sécurité sociale mais pas seulement, peuvent demander aux responsables de l'accident un remboursement des prestations, ont été énumérés de façon limitative. La loi du 5 juillet 1985 modifiée règle cela dans ses articles 29, 30 et 31 qui se traduisent notamment en matière de sécurité sociale - et je mettrai l'accent plutôt là-dessus. A l'heure actuelle, l'article L. 376-1 du code la sécurité sociale reprend les dispositions de l'article 31 de la loi modifiée du 5 juillet 1985.

Ce qu'il faut avoir présent à l'esprit, c'est que les recours des tiers payeurs, des organismes sociaux notamment, ont un caractère subrogatoire qui a été affirmé par l'article 30 de la loi du 5 juillet 1985.

Je n'examinerai pas toutes les conséquences de l'intervention de ce texte et me limiterai aux créances dont les caisses peuvent demander le remboursement, à la notion de poste par poste et à l'imputation de ces créances. Pour cet examen, je m'inspirerai du remarquable travail réalisé par M. Adida-Canac, conseiller référendaire à la Cour de cassation, pour des interventions effectuées notamment pour le compte de l'ENM et d'organismes de formation d'avocats.

I. Les créances imputables

Il faut d'abord déterminer quelles sont les créances imputables, celles dont l'organisme de sécurité sociale, le tiers payeur, peut demander le remboursement.

Les créances imputables sont prévues de manière limitative par l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985. Comme indiqué, je traiterai uniquement les créances des caisses de sécurité sociale, auxquelles on peut assimiler les organismes publics qui versent des prestations semblables en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959. La loi du 21 décembre 2006 n'a pas modifié cet article, si bien que les solutions qui étaient admises précédemment pour déterminer les prestations ouvrant droit à un recours demeurent applicables.

D'une façon générale, la jurisprudence administrative et judiciaire reconnaît que le recours subrogatoire des tiers payeurs ne peut avoir pour objet que les prestations consécutives à l'accident et que la créance doit avoir un caractère indemnitaire.

153 Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

Mais dès lors qu'elles sont énumérées par l'article 29, les prestations sont présumées remplir ces conditions. En conséquence, toutes les prestations versées par des organismes de sécurité sociale et consécutives à l'accident peuvent donner lieu à recours, telles les prestations en nature, les indemnités journalières...

Cependant, la Cour de cassation ne retient pas le caractère indemnitaire de certaines prestations : il en est ainsi, par exemple, de l'allocation adulte handicapé servie en vue d'assurer au bénéficiaire un minimum de ressources, qui constitue donc une prestation d'assistance sans aspect indemnitaire¹⁵⁴. En revanche, l'allocation d'aide au retour à l'emploi, n'étant ni une prestation d'assistance dépourvue de caractère indemnitaire ni une prestation énumérée à l'article 29 de la loi de 1985, est tenue en compte par l'ONIAM en vue de l'évaluation de la perte des gains professionnels¹⁵⁵.

On voit qu'il est assez difficile de mettre en œuvre le principe indemnitaire issu des articles 29 et 30 de la loi de 1985 et de déterminer par avance quelles prestations pourront donner lieu à un recours ou non. Certaines prestations posent problème aux juridictions : elles ont souvent un aspect indemnitaire, car versées à l'occasion de l'accident, mais également des aspects forfaitaires, qui tiennent compte d'autres éléments que le strict dommage subi.

Je crois alors qu'il faut se montrer assez humble en la matière et se dire que, finalement, le meilleur système est peut-être encore la liste, avec toutes les insuffisances que cela peut avoir. A mon avis, c'est le seul moyen relativement sûr que l'on puisse rencontrer pour aider à régler ce problème.

II. L'indemnisation et le recours poste par poste

Le second aspect du recours est celui du poste par poste.

La loi du 21 décembre 2006 a prévu que les recours des tiers payeurs doivent s'exercer poste par poste. Ce texte est entré en vigueur au moment même où les juridictions judiciaires et les organismes d'indemnisation, y compris les assureurs, appliquaient la nomenclature *Dintilhac* et retenaient les postes de préjudice qu'elle a prévus. Si aucun texte n'a imposé l'application de cette nomenclature, force est de noter qu'elle l'a été spontanément et rapidement par les principaux acteurs intéressés – à l'exception notable des juridictions administratives. En revanche, la Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion d'imposer plus ou moins directement l'utilisation de cette nomenclature, en particulier dès lors qu'un recours subrogatoire était ou pouvait être intenté.

Dès avant la réforme de 2006, la Cour de cassation avait limité la possibilité pour les juges du fond d'évaluer globalement le préjudice corporel en contrôlant la distinction entre les préjudices soumis à recours et les préjudices personnels. Depuis l'intervention de la loi de 2006, la Cour de cassation contrôle la bonne application du recours poste par poste : saisi d'un recours subrogatoire, le juge doit fixer tous les éléments du préjudice subi et rechercher quels postes indemnisent

154 Cass., 2^{ème} civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-17424, Bull. n° 186.

155 Cass., 2^{ème} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-67357, Bull. n° 105.



les différentes catégories de prestations servies par les tiers payeurs, ce qui l'oblige à détailler et à ventiler les préjudices corporels selon la nomenclature *Dintilhac*¹⁵⁶.

Ainsi, la Cour impose au juge du fond, saisi d'un recours subrogatoire, de ne plus employer la notion d'incapacité permanente partielle pour réparer un préjudice¹⁵⁷. En l'absence de recours subrogatoire, le juge du fond peut ne pas avoir une telle obligation¹⁵⁸, ce que la 2^{ème} chambre civile a récemment admis. Toutefois, la Cour de cassation tend même dans ce cas, autant qu'elle le peut, à imposer l'application de la même nomenclature, par souci de clarté pour les victimes et par souci d'harmonisation, afin d'appliquer au mieux le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime¹⁵⁹. Elle le fait notamment pour contrôler qu'un préjudice a été réparé et éviter les doubles indemnisations ou l'absence d'indemnisation d'un poste de préjudice.

Il est à noter que la loi de 2006 a introduit une autre règle qui est appliquée strictement par la Cour de cassation. Il s'agit du droit préférentiel de l'indemnisation de la victime subrogeante. La Cour de cassation a adopté la même position favorable aux victimes que le Conseil d'État s'agissant des espèces concernant la perte de chance¹⁶⁰. Le tiers payeur ne peut réclamer un remboursement que si la victime touche plus que l'intégralité de son préjudice, indépendamment du droit de celle-ci à l'encontre du responsable. Le partage de responsabilité ne joue pas contre la victime qui se trouve en concours avec le tiers payeur. La victime peut réclamer au responsable le complément d'indemnité de son préjudice non réparé par les prestations du tiers payeur et ce n'est qu'ensuite que le tiers peut récupérer la différence entre le montant de la dette du responsable et ce que celui-ci a payé à la victime.

III. L'assiette du recours des tiers payeurs

Le problème le plus essentiel rencontré et qui fait le plus question est celui de l'assiette des recours des tiers payeurs.

Théoriquement, cette assiette ne devrait pas poser de difficulté. La loi de 2006 a en effet prévu que le recours des tiers payeurs s'impute sur les postes de préjudice non personnels que ce tiers payeur a effectivement indemnisés. Cela paraît clair et simple. Mais, comme toujours, « le diable se niche dans les détails ».

Le problème est en effet né de l'application de la loi de 2006 aux accidents du travail, une application non prévue expressément par cette loi. Cette application résulte des avis de la Cour de cassation du 29 octobre 2007 et des arrêts de la chambre criminelle du 5 février 2008 et de la 2^{ème} chambre civile du 23 octobre 2008¹⁶¹. Le Conseil d'État lui-même a décidé une telle application dans son arrêt

156 En ce sens : Cass., crim., 24 juin 2008, pourvoi n° 07-87465, Bull. n° 160 ; Cass., 2^{ème} Civ., 11 septembre 2008, pourvoi n° 07-18121, inédit au Bull.

157 Cass., 2^{ème} civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-21413, Inédit au Bull.

158 CE, 4 juin 2007 (avis), *Lagier et Consorts Guignon*, n° 303422-304214, rec. p. 228.

159 Cass., 2^{ème} civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-15977, Bull. n° 98.

160 Cass., 2^{ème} civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-17293, Bull. n° 5.

161 Cass., avis du 29 octobre 2007, pourvois n° 07-0015, 07-0016 et 07-0017, Bull. n° 10, 11 et 15 ; Cass., crim., 5 février 2008, n° 07-83327, Bull. n° 31 ; Cass., 2^{ème} civ., 23 octobre 2008, n° 07-18819, Bull. n° 229.



du 5 mars 2008¹⁶². Dès lors, s'est posé inéluctablement le problème de l'imputation des rentes accident du travail. A cet égard, une divergence s'est instaurée entre le Conseil d'État et la Cour de cassation.

Le Conseil d'État, dans son arrêt précité du 5 mars 2008, a décidé, en conséquence de l'avis *Lagier*, que la rente ne réparait que le préjudice constitué par les pertes de gain professionnel et les incidences professionnelles, si bien que les rentes accident du travail ne pouvaient s'imputer que sur des indemnités réparant des préjudices économiques ou patrimoniaux.

La Cour de cassation n'a pas adopté le même point de vue. Suivant les travaux de la commission *Dintilhac*, elle a admis le caractère hybride de la rente en partant d'un constat simple : en l'absence de pertes de gains professionnels futurs et d'incidences professionnelles, la rente indemnise nécessairement un autre type de préjudice, le déficit fonctionnel permanent, puisqu'elle est versée et calculée en fonction du taux d'incapacité retenu. Pour ce faire, les chambres criminelle et civile de la Cour de cassation, s'appuyant sur les modifications introduites par la loi de 2006, ont procédé en plusieurs étapes.

D'abord, la rente (ou le capital) versée par l'organisme social à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle est présumée réparer seulement la perte de gains professionnels et les incidences professionnelles de l'incapacité. Ensuite, cette présomption peut être renversée par la preuve contraire, en raison de la nature hybride de la rente. Puis, pour imputer tout ou partie de la rente sur le poste de préjudice d'un déficit fonctionnel permanent, le juge doit constater le renversement de la présomption¹⁶³.

Si toutefois la rente a un caractère hybride, l'absence de critère de ventilation entre les postes en cause peut conduire à une double indemnisation par défaut d'imputation de la part de la rente réparant le déficit fonctionnel. En présence de cet inconvénient, la chambre criminelle¹⁶⁴ puis la 2^{ème} chambre civile¹⁶⁵ ont jugé que, du fait de sa nature hybride, la rente (ou le capital) accident du travail indemnise nécessairement, en l'absence de préjudice professionnel, le déficit fonctionnel permanent, c'est-à-dire essentiellement la privation d'une partie physiologique de la personne. De même, en présence d'une perte de gains professionnels, le reliquat de la rente indemnise nécessairement le déficit fonctionnel permanent¹⁶⁶.

Cette analyse est confortée par la définition des préjudices réparés par la rente accident du travail : selon l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale, la rente correspond à un taux d'incapacité permanente déterminé « *d'après la nature de l'infirmité, l'état général, l'âge, les facultés physiques et mentales de la victime ainsi que d'après ses aptitudes et sa qualification professionnelle* ». On voit que cette définition recouvre largement la notion de déficit fonctionnel permanent, car elle va au-delà de l'aspect économique, et qu'elle correspond au principal de ce que celui-ci inclut, c'est-à-dire le préjudice physiologique.

162 CE, 5 mars 2008, *Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-Saint-Denis*, n° 272447, Rec. p. 95.

163 Cass., 2^{ème} civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 07-19773, inédit au Bull.

164 Cass., crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-86485, Bull. n° 96.

165 Cass., 2^{ème} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-16089, Bull. n° 154.

166 Cass., crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-86485, Bull. n° 96 ; Cass., crim., 20 octobre 2009, pourvoi n° 08-88447, Inédit au Bull. ; Cass., 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 07-20419, Bull. n° 260.



Deux critiques principales ont été faites à cette jurisprudence.

La première tient au fait que l'élargissement de la définition du déficit fonctionnel permanent amplifie les effets de la solution au détriment de la victime. La seconde résulte de ce que le préjudice fonctionnel inclut des éléments objectifs et des éléments subjectifs, si bien que la rente s'impute alors sur un ensemble d'éléments qu'elle ne répare qu'en partie. Mais on peut y répondre que les éléments subjectifs sont généralisables et sont également indemnisés par la rente.

Enfin, la Cour de cassation a jugé que la condition du caractère effectif et préalable du paiement des sommes imputées, pour que le tiers payeur puisse obtenir le remboursement de ses prestations selon la loi de 2006, était remplie tant pour les arrérages échus que pour les arrérages à échoir de la rente¹⁶⁷, du fait du caractère irrévocable de la liquidation de la rente au paiement de laquelle l'organisme social ne peut se soustraire¹⁶⁸. La chambre criminelle a statué dans le même sens¹⁶⁹.

Il est à noter que ces positions des deux chambres de la Cour qui statuent en la matière n'ont pas donné lieu à une résistance des juridictions du fond qui ont admis le raisonnement suivi.

Quel bilan tirer de cette jurisprudence de la Cour de cassation ?

Pour certains, c'est une régression du droit des victimes à une meilleure indemnisation, puisque l'assiette du recours des tiers payeurs a été élargie. C'est vrai : le prélèvement des créances des organismes sociaux est désormais possible sur la réparation du préjudice fonctionnel permanent, lequel est pourtant un préjudice extra-patrimonial comportant des préjudices subjectifs personnels, tels que la gêne dans les actes de la vie courante. Cet inconvénient est aggravé par une définition plus restrictive du préjudice d'agrément de la nomenclature *Dintilhac* - préjudice lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisir.

Cependant, la position de la Cour est seule de nature à permettre de prendre en compte la nature hybride de la pension d'invalidité, comme je l'ai déjà indiqué.

D'autres auteurs – le professeur Jourdain, par exemple – relèvent que les indemnisations que la victime ne perçoit pas du responsable de ses dommages, elle les a reçues des tiers payeurs, puisque ceux-ci ne peuvent réclamer que ce qu'ils ont versé. Leur recours est en effet subrogatoire¹⁷⁰, c'est-à-dire qu'il n'est possible que si le tiers payeur qui l'exerce a indemnisé la victime. La victime a donc déjà été indemnisée pour les chefs de préjudice qui donnent lieu au recours ; il n'y a dès lors aucune atteinte au principe de réparation intégrale.

De plus, à défaut de recours ou de possibilité de recours des tiers payeurs, outre l'injustice qui en découlerait pour les organismes sociaux qui ne pourraient récupérer sur le responsable ce que celui-ci les a contraints à verser, aggravant ainsi

167 Cass., 2^{ème} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-21768, Bull. n° 153.

168 Cass., 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, n° 08-11853, Bull. n° 161.

169 Cass., crim., 17 novembre 2009, pourvoi n° 09-80308, Bull. n° 191.

170 Conformément aux articles 30 de la loi du 5 juillet 1985 et L. 376-1, 1^{er} alinéa, du code de la sécurité sociale.



au passage leurs difficultés financières, la victime serait indemnisée deux fois pour le même préjudice : une fois par le responsable, une autre par l'organisme social.

Il faut surtout souligner qu'en dépit de l'assiette quelquefois un peu élargie du recours des tiers payeurs, l'amélioration du sort des victimes à l'égard de ces recours résulte surtout de l'introduction par la loi du 21 décembre 2006 de deux mécanismes très importants.

D'abord, l'instauration du recours poste par poste : le poste servant d'assiette au recours doit avoir été indemnisé par le tiers payeur. Cette condition a mis fin au droit pour le tiers payeur de recouvrer l'intégralité de ses débours, y compris sur des postes qu'il n'avait pas indemnisés ; désormais, la sécurité sociale ne pourra plus imputer le remboursement de sa créance sur la somme due par le responsable et destinée à permettre à la victime d'acquérir un fauteuil performant d'invalidé, achat qu'elle ne finance pas.

Ensuite, le droit de paiement préférentiel de la victime subrogeante par rapport au tiers payeur subrogé : si elle n'a pas été indemnisée totalement de ses préjudices, la victime n'aura pas à supporter le concours du tiers payeur. Cette disposition permet par exemple à cette victime de ne plus subir les effets désastreux pour elle des partages de responsabilité.

Le bilan de cette jurisprudence est ainsi – comme la nature des rentes d'invalidité – plutôt mixte. Ce qui ne veut pas dire que les positions de la jurisprudence sont totalement fixées. Il reste encore des points à régler. La réflexion doit se poursuivre pour préciser, voire améliorer, certains aspects du droit positif. Il faut toutefois convenir que seule une harmonisation des systèmes d'indemnisation qui concourent à la réparation des préjudices subis serait de nature à prévenir ou résoudre les difficultés tenant au défaut de concordance des conditions, des méthodes et des modalités de chacun de ces systèmes.

Sylvie Hubac

*Présidente de la 5^{ème} sous-section de la section du Contentieux du Conseil d'État,
Présidente de la table ronde*

Je crois que votre intervention montre bien que la question de l'imputation des rentes accidents du travail reste effectivement l'un des points nodaux. Si dans l'application de la nomenclature *Dintilhac* et de l'*avis Lagier* nous utilisons des outils différents, le résultat est globalement le même dans les modes d'indemnisation.

Mais il reste le point central de la rente accident du travail et de son contenu. Pour le juge administratif, la rente accident du travail n'indemnise pas le préjudice personnel et ne répare que le préjudice survenu dans la vie professionnelle. Pour le juge judiciaire, la rente accident du travail peut indemniser aussi le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent, qui peut dès lors en être amputé, ainsi qu'un préjudice d'agrément que la Cour de cassation a, dans certains de ses arrêts, restreint. Il en résulte je crois que la jurisprudence administrative préserve davantage les droits de la victime que le juge judiciaire. C'est donc peut-être un appel à une évolution de la jurisprudence judiciaire sur ce point.

Le dernier point sur la réparation intégrale du préjudice concerne la question de l'état antérieur de la victime : la réparation doit être intégrale mais elle ne peut aller au-delà. Il faut donc tenir compte de l'état antérieur de la victime. Quelques mots, M. Gombault, sur cette question complexe.

Nicolas Gombault

*Directeur général de la société médicale d'assurance
et de défense professionnelles « Le Sou médical »*

Évidemment, toutes ces questions de la réparation du dommage corporel n'ont rien de spécifique à la responsabilité médicale, elles sont communes d'une façon générale au droit du dommage corporel, et c'est le cas de l'état antérieur.

Je voudrais simplement commencer mon propos par l'exemple d'un accident de la voie publique et d'une victime qui présente, par suite de cet accident, une coxarthrose gauche qui nécessite la mise en place d'une prothèse de hanche. L'expert va conclure que la victime présentait un processus dégénératif avant l'accident même si elle pouvait encore travailler et que l'accident, finalement, n'a joué qu'un rôle aggravant, accélérant dans cette pathologie et, qu'à terme, de toute façon, la pose d'une prothèse de hanche était nécessaire. L'expert va conclure, dans ces conditions à une imputabilité de seulement 25 % de ses dommages. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, en juillet 2000, va homologuer le rapport et allouer 25 % des préjudices sur la considération du rapport d'expertise. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation le 11 janvier 2011¹⁷¹ selon la jurisprudence traditionnelle selon laquelle lorsque l'affection qui est issue du dommage n'a été provoquée ou révélée que du fait de l'accident, il n'y a pas lieu de déduire cet état antérieur.

Je crois que cet exemple est tout à fait typique de la jurisprudence actuelle. Mais s'il n'y a pas de particularité au niveau de tous ces principes en matière d'indemnisation du dommage corporel, l'état antérieur en matière de responsabilité médicale présente tout de même quelques particularités.

La première des particularités c'est, qu'en général, quand on se présente à un médecin ou à un établissement de santé, c'est qu'on est malade alors que, à la différence d'un accident de la voie publique, on n'est pas forcément malade avant d'avoir été accidenté. Ceci doit être pris en compte.

La deuxième chose, c'est que quand on examine « la jurisprudence » des CRCI, on voit que la prise en compte de l'état antérieur n'est pas aussi formelle que cela alors qu'à notre sens, l'état antérieur aurait pu être opposé au demandeur.

Je voudrais prendre l'exemple d'une opération de la cataracte et une perte de l'œil à la suite de cette intervention chirurgicale liée à une endophtalmie contractée par le patient.

Chez une victime qui souhaite saisir la CRCI dans ce cadre, en général, le critère de l'ITT de 6 mois n'est pas réuni, d'où la tentative de considérer que la compétence de la CRCI peut être retenue sur la base de l'IPP de plus de 24 %.

¹⁷¹ Cass., crim., 11 janvier 2011, pourvoi n° 10-81716, Inédit au Bull.

Mais je rappelle que pour que le dossier soit recevable devant la CRCI, c'est l'accident médical, lui-même, qui a dû entraîner une incapacité de cette importance. A notre sens, dans ces conditions, nous devrions déduire l'état antérieur présenté, lié à la cataracte qui est présentée par le patient, de la totalité du dommage constaté *in fine* par l'expert, ce qui conduirait, je crois, dans pratiquement tous les cas de figure, à rejeter la compétence des CRCI en pareils cas.

Et bien ce n'est pas le sens des avis rendus de façon tout à fait uniforme au niveau des commissions, puisque pour évaluer l'IPP strictement imputable à l'accident, il est en général tenu compte de l'IPP qui aurait été celle du patient si cette complication ne s'était pas produite. Ne pas retenir cet état antérieur lié à la pathologie présentée avant l'intervention, n'est-ce pas là raisonner sur la base d'une obligation de résultat à la charge soit de l'établissement soit de l'ophtalmologiste ?

Dernière chose que je voudrais préciser en ce qui concerne l'état antérieur, c'est qu'il peut finalement, et c'est une particularité au niveau de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, supprimer purement et simplement le critère de l'anormalité du dommage qui était exigé dans l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Ce critère d'anormalité par rapport à l'état de santé du patient ou de son évolution prévisible est certainement l'un des critères les plus difficiles à examiner dans le cadre de cette réparation au titre de la solidarité nationale.

C'est en tout cas ce que la Cour de cassation a décidé dans un arrêt rendu le 31 mars 2011¹⁷². Dans cette affaire, il s'agissait d'un patient ayant subi différentes interventions chirurgicales sur le rachis au cours desquelles une complication hémorragique est intervenue et qui va malheureusement le laisser paraplégique. Il a été considéré par la Cour de cassation que dans cette affaire, compte tenu des accidents vasculaires qui étaient présentés par le patient, celui-ci était particulièrement exposé à la complication hémorragique survenue, et que les conséquences n'étaient donc pas anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci. La prise en compte de son état antérieur a ainsi justifié cette solution de ne pas retenir d'indemnisation au titre de la solidarité nationale.

Sylvie Hubac

*Présidente de la 5^{ème} sous-section de la section du Contentieux du Conseil d'État,
Présidente de la table ronde*

Quel que soit le mode qu'emprunte la réparation, qu'on ait choisi la voie amiable ou la voie contentieuse, que ce soit le « régleur » ou le juge qui a la mission d'assurer la réparation intégrale du préjudice, il reste un certain nombre de préjudices qui posent objectivement des difficultés d'évaluation et qui résistent à une appréciation juste. Nous avons choisi de mettre le projecteur sur deux d'entre eux :

- la question de l'assistance d'une tierce personne : comment l'évaluer au plus juste ? comment concrètement apprécier au plus près les besoins de la victime dans cette matière ?

172 Cass., 1^{ère} civ. 31 mars 2011, pourvoi n° 09-17135, Bull. n° 69.

- le préjudice de contamination, qui est un préjudice qui concerne un contentieux de masse. On demandera à Mme Gibert de nous exposer l'essai de systématisation de l'approche que l'ONIAM vient de mettre en place s'agissant du préjudice de contamination par le virus de l'hépatite C.

Je passe la parole à Mme Lambert pour nous parler de la tierce personne, des difficultés d'évaluation que nous rencontrons tous, vous comme nous.

Marianick Lambert

Secrétaire générale du collectif interassociatif sur la santé (CISS)

Les difficultés d'évaluation des besoins en aide humaine existent partout et pour tous. Elles existent devant les tribunaux comme devant les CRCI et devant les assureurs ; elles existent pour les juges, pour les experts et surtout pour les victimes elles-mêmes.

On voit bien la difficulté ; elle est visible par la disparité qui est constatée sur ce poste d'indemnisation d'une juridiction à l'autre, mais aussi d'une juridiction à une CRCI et d'une expertise à l'autre.

Le juge, plus encore que la CRCI, n'a quasiment jamais la victime en face de lui. Il n'a donc que l'expertise. Mais la question de l'assistance d'une tierce personne est très souvent mal appréhendée par la plupart des experts, qui ne savent que très rarement utiliser la possibilité qu'ils ont de s'adresser à des sapiteurs, comme les ergothérapeutes, qui sont à même d'évaluer les besoins en tierce personne.

Surtout, le point de départ c'est que la victime elle-même n'évalue pas ses besoins. Pourquoi? Parce qu'elle-même, comme son entourage, est souvent traumatisée par ce qui est un handicap très lourd – lorsqu'il y a besoin d'assistance d'une tierce personne, c'est que le handicap est lourd –, parce qu'elle ne peut pas affronter la réalité des séquelles avec lesquelles elle va devoir vivre.

Se poser des questions qui concernent l'évaluation des besoins d'une aide, c'est quelque part pour la personne affronter l'avenir de ce qui est désormais son quotidien. Souvent, elle préfère « faire comme si » l'aide naturelle d'une mère, d'une épouse permettait d'éluder la question très précise de savoir ce qu'elle peut encore faire toute seule. C'est bien sûr une forme de « déni », mais c'est ce qui pose, je pense, le problème de base de cette évaluation.

Si la victime ne s'est pas posée les questions de ce qu'elle peut encore faire seule, toute la chaîne des intervenants va être ensuite confrontée à ces difficultés, parce que sauf à avoir été confronté au quotidien d'un lourd handicap, personne ne peut imaginer ce qu'un geste instinctif, un geste naturel, peut réellement mobiliser comme capacités.

Il faut donc commencer, à mon sens, par aider la victime comme son entourage proche à appréhender sa nouvelle réalité et se poser les bonnes questions : qu'est-ce que je peux faire et qu'est-ce que je peux faire seule ? Cela est nécessaire pour que les experts, les premiers confrontés à la situation et ensuite les juges, puissent procéder à une évaluation juste.



La CNAMed s'est évidemment penchée sur ce problème. Je vais vous citer à titre d'exemple quelques questions qui figurent dans l'outil qu'elle a élaboré, intitulé très précisément « outil d'aide à la préparation de l'évaluation des besoins en aide humaine lors d'une expertise médicale »¹⁷³. Ce document est censé être transmis aux victimes en même temps que leur est transmis l'avis d'expertise, de sorte qu'elles aient le temps d'y réfléchir pour le jour où elles vont rencontrer l'expert médical, afin qu'elles puissent répondre à ces questions mais aussi les solliciter si elles sont face à un expert qui n'est pas très familier de cette évaluation en besoin d'aide humaine.

L'outil est simple et comporte trois possibilités de réponse sur les questions qui sont posées concernant diverses activités : est-ce que les personnes peuvent les réaliser sans aide ? Avec l'aide d'un appareil ? Avec l'aide de quelqu'un ? Dans cette dernière hypothèse, il leur est demandé de préciser si cette aide humaine est celle d'un conjoint, celle d'un parent, d'une aide ménagère, d'un auxiliaire de vie ou d'un professionnel de santé, qu'il soit infirmier, kinésithérapeute ou autre.

Cela commence dès le matin : Est-ce que la personne peut se lever ? Sortir du lit ? Se mouvoir ? Se mettre debout ? Se maintenir debout ? Faire ses transferts ? Marcher ? Se relever si elle chute ? ...

Ensuite, en ce qui concerne son alimentation : Est-ce qu'elle peut préparer son repas ? Prendre son repas elle-même ? Utiliser ses toilettes ? Faire sa toilette ? Prendre ses médicaments et les reconnaître ?

Donc, à chaque fois, ces mêmes questions. Et on termine par un questionnaire sur sa qualité de vie, qui concerne bien, à mon sens, la question qu'on évoque de cette assistance d'une tierce personne : La présence d'autrui améliore-t-elle votre humeur ? L'aide d'autrui facilite-t-elle la vie de votre famille et votre vie relationnelle ? L'aide d'autrui est-elle nécessaire pour effectuer une activité de loisir, sportive - car le quotidien ne doit pas se résumer, même avec un handicap, à manger et dormir ? Et la maîtrise de votre comportement est-elle améliorée par la présence d'autrui - car au-delà de la capacité à accomplir les gestes quotidiens, il y a évidemment aussi un problème de retentissement sur l'humeur qui doit être pris en compte.

C'est une idée comme une autre, mais je reste convaincue que si l'on veut en partie régler et résoudre ces difficultés d'évaluation d'assistance d'une tierce personne, la première personne que l'on doit aider, c'est la victime elle-même, afin qu'elle se pose les bonnes questions pour transmettre ensuite au sachant à qui elle va être confrontée des éléments nécessaires à une juste évaluation de cette aide.

Sabine Gibert

Directrice juridique de l'ONIAM

Je ne vais résister à dire un mot sur l'état antérieur, avant d'aborder rapidement les référentiels d'indemnisation et leurs modalités d'adoption.

173 A consulter sur http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/evaluation_aide_humaine.pdf.

I. L'état antérieur

C'est justement parce qu'en matière médicale on part, par définition, sur des patients qui arrivent malades ou blessés, ayant besoin de soins, que l'état antérieur ne doit pas prendre dans l'arbitrage sur l'imputabilité ou la quantification des préjudices une place trop grande.

Notons que dans l'hypothèse de l'opération de la cataracte et de l'infection nosocomiale qui s'y rattache parfois, tenir compte de la récupération de la vision attendue sans infection conduit à retenir un taux d'incapacité conduisant, le plus souvent, à faire passer l'infection nosocomiale dans le champ d'indemnisation par la solidarité nationale.

Dans leur appréciation des préjudices, les commissions régionales font bien une réfaction, mais au regard du résultat escompté et non pas au regard de l'incapacité initiale, parce qu'aujourd'hui, il y a effectivement des actes de soins qui sont suffisamment maîtrisés par la science médicale pour apporter une quasi-garantie que, sans l'infection, on aurait obtenu un résultat favorable. La quantification des préjudices ne s'effectue pas au regard d'une récupération visuelle à 10/10^{ème} mais va s'apprécier, au regard de la gravité de la cataracte, de l'existence ou non d'un glaucome associé, et de tous autres facteurs pertinents, à 6, 7 ou 8 /10^{ème}. Parfois même l'expert disposait, dans les pièces médicales, d'une évaluation faite avant la survenue de l'infection, qui mesure le résultat obtenu.

Procéder ainsi dans la quantification du préjudice ce n'est donc pas ignorer l'état antérieur, encore moins prononcer une obligation de résultat à la charge des médecins concernés ; c'est observer que le médecin a conduit cette opération avec succès et que, sans l'infection, le patient aurait conservé une acuité visuelle améliorée.

Aussi, l'état antérieur doit-il être apprécié uniquement quand il est contributif dans la survenue du dommage. Nous pensons vraiment que c'est seulement dans ce cadre qu'on doit en tenir compte pour l'appréciation de l'imputabilité du dommage comme de la quantification des préjudices réparables.

II. Les référentiels

Sur les référentiels, quelques points pour indiquer la méthode qui conduit à leur adoption.

La quantification des préjudices est naturellement un point essentiel. L'ONIAM a adopté un référentiel d'indemnisation pour plusieurs raisons. En priorité, il œuvre pour la transparence nécessaire afin d'indiquer aux personnes s'adressant au dispositif amiable les références indemnitaires qui leur seront appliquées si le dommage ouvre droit à réparation à la charge de la solidarité nationale.

Par ailleurs, l'office qui intervient au niveau national ne pouvait, sans encourir le grief de rupture d'égalité entre les victimes, aligner sa pratique sur telle ou telle juridiction dont relèverait le litige tant la disparité dans les pratiques des juridictions est notoire.



Néanmoins, le récent référentiel d'indemnisation mis en place en matière d'hépatite C montre la capacité de l'ONIAM à s'adapter à chacune des matières qui lui sont confiées. Ainsi, les associations représentées au sein du conseil d'orientation de l'office ont souhaité adapter le référentiel de droit commun pour opérer un rapprochement avec la pratique des juridictions administratives, seules compétentes pour connaître des litiges en cette matière. Comme dans d'autres matières confiées à l'ONIAM, l'office a su se référer à la jurisprudence déjà prononcée dans la matière afin d'assurer une continuité et une sécurité juridique pour les personnes concernées. En faisant le choix d'opérer une globalisation de certains chefs de préjudice, ce référentiel répond de surcroît à l'impératif législatif d'indemnisation dans de brefs délais dans le cadre de ce contentieux de masse.

La construction des référentiels de l'office n'est pas un travail réalisé unilatéralement par l'ONIAM. A titre d'illustration, le référentiel de l'ONIAM en matière d'hépatite C a été adopté en conseil d'orientation composé notamment d'associations de victimes - l'association française des hémophiles, SOS hépatite, AIDES - puis en conseil d'administration, après un diagnostic partagé attentif de la pratique des juridictions et selon plusieurs critères : réparation poste par poste ou globalisation intermédiaire des préjudices ? Concernant la terminologie, « troubles de toutes natures dans les conditions d'existence » ou « préjudice spécifique de contamination » ? Enfin, quels montants d'indemnisation ?

Il ne s'agit pas pour nous, par ce référentiel, d'imposer une « barémisation », mais simplement de pouvoir indiquer à toute personne qui vient dans la voie amiable le fait que, par ce choix, elle adopte l'idée même que des outils existent et qu'elle vient transiger en application de ces outils.

Il y aurait beaucoup de choses à dire sur les méthodes d'élaboration de ces référentiels tant le commentaire qui en est régulièrement fait semble peu éclairé. Pour l'essentiel, on peut considérer que lorsque les juridictions sont amenées à apprécier le caractère satisfaisant des offres réalisées par l'office dans le cadre des procédures amiables, cette appréciation doit tenir compte du fait que, en s'adressant au dispositif amiable, le demandeur avait pleinement connaissance, du fait de sa publicité, du référentiel indemnitaire qui serait applicable.

Ainsi, lorsque la personne est venue dans la voie transactionnelle par un dispositif ONIAM, il faudrait considérer qu'elle est venue chercher et qu'elle a eu accès aux différents avantages de cette procédure (expertise gratuite, absence de dépens de procédure, rapidité) ; mais, en contrepartie, il faut s'accorder à dire que, en faisant le choix de cette procédure amiable, la personne a initialement acquiescé à l'application du référentiel de l'office en cas d'indemnisation par la solidarité nationale, sauf erreur matérielle commise dans la quantification des préjudices par les commissions de conciliation et d'indemnisation en matière d'accidents médicaux, par les collèges d'experts en matière de Benfluorex, ou par l'ONIAM dans les autres matières. Faire le choix d'une procédure administrative amiable, c'est en accepter tous les aspects. A défaut, le forum « *shopping* » deviendra légion.



Propos conclusifs

Sylvie Hubac

*Présidente de la 5^{ème} sous-section de la section du Contentieux du Conseil d'État,
Présidente de la table ronde*

Merci. Le temps est venu de conclure et de donner la parole à la salle.

Vous venez de parler d'outils communs ou de méthodologie et je crois qu'à travers le débat qui a eu lieu ce matin, qui a bien montré à la fois les difficultés et comme les progrès qui ont pu être faits dans l'indemnisation du préjudice, il reste quand même plusieurs questions posées.

D'une part, la lisibilité de l'indemnisation pour les victimes et leur compréhension et la relative indigence d'outils communs. Ces outils ne seraient pas nécessairement des barèmes, mais des outils de référence qui permettraient d'avoir davantage qu'aujourd'hui des comparaisons entre juge judiciaire et juge administratif, entre voies amiable et juridictionnelle, et qui pourraient nous éclairer tous davantage, chacun dans nos métiers et dans nos rôles respectifs, sur l'état de l'indemnisation.

Je voudrais à cet égard faire état des dernières initiatives législatives, car le législateur s'est emparé du sujet estimant qu'effectivement, il y avait sans doute un peu d'arbitraire dans les évaluations et des difficultés à les déchiffrer. Il s'en est donc emparé à deux reprises : il y a une proposition Lefrand¹⁷⁴ qui a été votée en première lecture le 16 février 2010, puis l'article 56, adopté par le Parlement, de la loi du 10 août 2011 sur la réforme de l'hôpital¹⁷⁵, mais qui n'a pas passé le cap du Conseil constitutionnel faute de lien entre cet article 56 et la loi en cause¹⁷⁶. Cet article avait pour objet de doter tous les acteurs d'outils communs d'évaluation. Je voudrais juste en refaire la liste car je crois qu'elle donne bien l'indication sur les outils dont il serait nécessaire que nous puissions tous disposer :

- l'établissement d'une nomenclature unique non limitative des chefs de préjudices communs aux deux ordres de juridiction : *Dintilhac, Lagier*, un mixte des deux. En tout cas, je crois qu'une nomenclature unique est utile non seulement pour les victimes mais aussi pour nos travaux respectifs ;

- l'établissement d'un barème médical unique d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique ;

174 Proposition de loi n° 2055 enregistrée le 5 novembre 2009 à la Présidence de l'Assemblée nationale par M. Guy Lefrand, Mme Geneviève Lévy, M. Jean-François Chossy et Mme Marie-Anne Montchamp et plusieurs de leurs collègues visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation.

175 Loi n° 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

176 CC, 4 août 2011, loi modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, n° 2011-640 DC.

- la création d'une base publique de données accessible sur Internet, conçue sous la responsabilité de l'État, qui recenserait les transactions et les décisions administratives et judiciaires en matière d'indemnisation du dommage corporel et qui pourrait permettre l'élaboration d'un référentiel national indicatif des évaluations financières des postes de préjudice. Cette base de données, accessible au public, pourrait aussi indiquer les moyennes inférieure et supérieure des montants d'indemnisation accordés pour les postes de préjudices ;

- il serait aussi nécessaire, et le débat l'a montré, de réfléchir à une table de concordances entre les prestations légales et les postes de préjudices : qu'est-ce qu'on peut déduire et qu'est-ce qu'on ne peut pas déduire ? Je crois qu'il serait souhaitable d'avoir une liste, et que cette liste soit fixée de manière stable ;

- enfin, la dernière idée dans l'article 56 était la création d'une Commission nationale d'indemnisation du dommage corporel, qui rassemblerait les différents acteurs pour permettre d'assurer les échanges, comme cette table ronde l'a permis ce matin, la transparence, la cohérence des réparations et donc aussi de donner ses avis sur ces outils communs nécessaires.

Ces perspectives de posséder ensemble, une fois de plus, quels que soient nos fonctions et notre rôle, des outils et des méthodologies plus transparents, qui nous permettraient peut-être aussi de nous positionner et de mieux comprendre les uns et les autres là où se situent les indemnisations accordées, seraient certainement très utiles à l'amélioration de la réparation du dommage corporel.

Je vais maintenant passer la parole à la salle.

Témoignages

Sylvia Mille, présidente de chambre à la CAA de Paris - *Je voudrais dire quelques mots sur la fameuse globalisation tant critiquée par les avocats à longueur d'audience, notamment par les avocats de l'ANADAVI¹⁷⁷. Ces derniers nous disent, pas tout à fait à tort à l'époque où la justice administrative s'ouvre sur le monde extérieur, devient de plus en plus transparente, de plus en plus rapide, de plus en plus moderne, que cette notion de « troubles dans les conditions d'existence », est l'opacité même. Comment continuer à conserver cette notion dans ces conditions ?*

Nous avons, en fin de compte, réussi tout simplement à contourner l'obstacle en motivant bien nos jugements, c'est-à-dire en indiquant précisément dans ce que nous appelons les « troubles dans les conditions d'existence » ce que nous indemnisons. Vous allez dire que ce n'est plus de la globalisation, car nous pouvons précisément nous référer à chacun des préjudices recensés dans la nomenclature Dintilhac - le préjudice d'agrément, le préjudice d'établissement, le préjudice de contamination... - pour évaluer « à la somme de... » le préjudice d'ensemble résultant des « troubles

¹⁷⁷ Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels.

dans les conditions d'existence ». Dès lors, nous n'avons plus eu aucun problème car les avocats étaient satisfaits, ils pouvaient faire appel éventuellement, comparer avec d'autres solutions, c'était très transparent pour eux.

Témoignage d'une association - *Je souhaiterais intervenir en tant que représentante de l'ANADAVI, l'Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels, puisqu'elle a été citée.*

Ce qui est un peu symptomatique de toutes ces interventions, c'est finalement l'absence à la tribune de ce colloque d'avocats de victimes de dommages corporels. Et en responsabilité médicale, c'est vrai que nous sommes totalement absents des discussions avec les ministères. Nous sommes évincés de ces discussions, au profit, c'est vrai, des associations de victimes, mais qui n'ont pas la technicité que nous pouvons avoir puisque nous représentons les victimes devant tous les ordres de juridictions et à propos de tous types d'accidents.

Je veux remercier les tribunaux administratifs et la jurisprudence administrative d'avoir fait des progrès considérables vis-à-vis des victimes ces dernières années, c'est vrai, sur le plan des principes, sur le plan de l'indemnisation. Toutefois, même s'il y a eu des progrès, les juridictions administratives sont vraiment très « à la traîne » des juridictions civiles puisqu'elles appliquent au mieux le barème de l'ONIAM qui, lui-même, ne représente que la moitié des indemnisations que nous obtenons devant les juridictions civiles.

Nous avons déposé un mémoire à propos du médicament Médiator devant le Sénat et devant le ministère de la santé et de la justice. Il comprend une étude sur les postes de préjudices et le barème de l'ONIAM. Ce barème, qui n'a pas évolué depuis de nombreuses années, même s'il comporte depuis récemment un nouveau barème de capitalisation, ne peut en aucun cas préfigurer un référentiel, même symbolique, pour l'ensemble du dommage corporel, et surtout en responsabilité médicale.

On nous a dit aussi que la tierce personne est très mal indemnisée, que cela pose des difficultés, pour le juge administratif, mais c'est normal, car les missions d'expertise sont tellement synthétiques que, parfois même, la tierce personne n'est pas signalée à l'expert. Il est donc tout à fait normal que le juge ensuite ne trouve pas dans le rapport d'expertise de quoi asseoir sa décision.

Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire

Les victimes directes et indirectes de dommages corporels ont un droit à réparation lorsque la responsabilité de professionnels de santé, d'établissements, services ou organismes de santé, de producteurs de produits de santé défectueux comme de promoteurs de recherche biomédicale a été mise en évidence. L'indemnisation de certains dommages liés à l'activité médicale peut être aussi et sous certaines conditions assumée par la solidarité nationale depuis la loi du 4 mars 2002. Les tiers payeurs bénéficient d'un droit à recours à l'égard des responsables de dommages au titre des prestations versées aux victimes ; les conditions de leur recours étant désormais fixées par l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006.

Différents principes ont été posés par le législateur et les juridictions administratives et judiciaires en matière de réparation des dommages corporels. Ces dernières ont été en outre amenées à définir des postes de préjudice. Ces principes puis les postes de préjudice liés à la survenue d'un dommage corporel seront successivement examinés. Certains préjudices plus spécifiquement en lien avec l'activité médicale, seront ensuite envisagés. Enfin le rôle des assureurs dans l'indemnisation des dommages puis les réflexions en cours en vue d'une amélioration de l'indemnisation des victimes seront évoqués.

I. Les principes

Ils concernent plus particulièrement la preuve des préjudices subis, leur réparation intégrale, leur transmission en cas de décès des victimes, le recours des tiers payeurs et l'appréciation des préjudices par les juridictions.

A. Une preuve à la charge des demandeurs

La preuve des préjudices subis peut être rapportée par tous moyens. Ils doivent être directs et certains.

1. Une preuve par tous moyens

Il appartient aux demandeurs de prouver, outre l'existence de leurs préjudices, leur étendue ; les juges se forgeant une conviction au vu de l'ensemble des pièces versées aux dossiers et notamment des justificatifs des frais engagés.

Il est, comme en matière de preuve d'une faute, d'un accident médical ou d'une infection, le plus souvent nécessaire de recourir à une expertise médicale amiable ou judiciaire, permettant de décrire précisément et évaluer les atteintes subies en lien avec le fait reproché.

De même, il appartient aux tiers payeurs de justifier de leurs débours en recourant notamment à des attestations d'imputabilité motivées de leurs médecins conseils.

2. De préjudices directs et certains

Il est donc nécessaire de distinguer, le cas échéant, la part du préjudice en lien avec l'état antérieur de la victime ou le traitement subi et celle résultant du fait ou de l'acte litigieux survenu ouvrant seule droit à réparation.

La victime comme les tiers payeurs ne peuvent ainsi obtenir en cas de dommage le remboursement de l'ensemble des soins mais seulement de ceux qui sont, le cas échéant, en lien avec la faute, l'accident, l'infection ou encore le défaut du produit.

Les préjudices peuvent être actuels ou futurs à la condition de n'être pas seulement éventuels. Il faut donc dans le cas de frais futurs, afférents par exemple au renouvellement périodique de prothèses et de matériels divers, être en mesure de prouver que les dépenses seront nécessairement exposées (not. CE, 13 mai 1977, *Marie*, n° 94846, Rec. p. 221) ; leur remboursement n'étant donc pas conditionné au fait qu'ils aient déjà été acquittés (not. CE, 28 novembre 2008, *CPAM de Paris*, n° 296540, inédit au Rec.).

Une provision peut être aussi versée en l'absence de consolidation de la victime.

Il est possible notamment en matière de contamination de mettre à la charge du responsable du dommage, et désormais de l'ONIAM, la réparation de l'ensemble des conséquences déjà acquises de la détérioration de l'état de santé de l'intéressé (not. CE, 5 décembre 2008, *Caisse de mutualité sociale agricole de l'Aisne*, n° 296460, inédit au Rec.).

B. Une réparation intégrale des préjudices

Les victimes doivent obtenir une réparation intégrale des dommages personnellement éprouvés du fait de l'atteinte subie ou de celle d'un proche. Les tiers payeurs ont droit aussi, sous certaines conditions, au remboursement de l'ensemble de leurs débours.

La réparation ne doit donc engendrer pour les victimes et les caisses ni perte ni profit. Une réparation forfaitaire des préjudices n'est dès lors pas envisageable ; l'ensemble des préjudices effectivement éprouvés devant être pris en considération. De même, la réparation ne peut excéder le préjudice subi. La Cour de cassation en a déduit qu'une cour d'appel ne pouvait retenir qu'une victime avait perdu une chance d'éviter le dommage, à la suite de la méconnaissance par le praticien de son obligation d'information, alors qu'elle venait d'en réparer intégralement les conséquences (Cass., 1^{ère} civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 06-14174, Bull. n° 368).

La réparation intégrale est notamment assurée au moyen d'une évaluation des préjudices à la date de la décision, d'un complément d'indemnisation en cas d'aggravation du dommage. Certaines circonstances n'y font pas obstacle. Enfin elle implique de déterminer quelles prestations peuvent être prises en compte.



1. Une évaluation à la date de la décision

Le montant de la réparation est évalué à la date de la décision en tenant compte de tous les éléments connus à cette date (Ex : CE, 25 novembre 1983, *CRAMIF*, n° 33108, inédit au Rec.).

Les victimes et les caisses sont recevables devant le juge d'appel à invoquer des chefs de préjudice dont elles n'avaient pas fait état devant les premiers juges, dès lors qu'ils se rattachent au même fait générateur et que leurs prétentions demeurent dans la limite du montant total de l'indemnité chiffrée en première instance, augmentée le cas échéant des éléments nouveaux apparus postérieurement au jugement, sous réserve des règles gouvernant la recevabilité des demandes fondées sur une cause juridique nouvelle (CE, 31 mai 2007, *Herbeth*, n° 278905, Rec. p. 225).

L'article 565 du code de procédure civile permet aussi que les parties élèvent leurs réclamations en cause d'appel dès lors qu'elles ne diffèrent que par leur ampleur de celles formulées initialement ; ces dernières n'étant pas considérées comme nouvelles et tendant aux mêmes fins que celles soumises au premier juge.

2. Un complément d'indemnisation en cas d'aggravation

La victime dont le préjudice s'est aggravé postérieurement à la fixation de celui-ci, peut demander un complément d'indemnisation au responsable du dommage ou à l'ONIAM, le cas échéant en saisissant la CRCI compétente. De même en est-il si elle éprouve un préjudice en lien de causalité avec le fait générateur n'ayant pas déjà fait l'objet d'une réparation.

3. Une absence de réduction de l'indemnisation dans différentes circonstances

La Cour de cassation et le Conseil d'État ont retenu quant à l'indemnisation du préjudice lié à la nécessité de recourir à l'assistance d'une tierce personne, que les juges du fond ne devaient procéder à aucune réduction de l'indemnisation lorsque cette assistance était assurée par un membre de la famille (Cass., plén., 28 novembre 2001, pourvoi n° 00-14248, Bull. n° 15 ; Cass., 2^{ème} civ., 5 juin 2003, pourvoi n° 01-16335, Bull. n° 176 et CE, 22 février 2010, *Guerrault*, n° 313333, inédit au Rec.).

Ils ont aussi jugé que la circonstance qu'une victime se trouve placée dans un état végétatif chronique, n'excluait aucun chef d'indemnisation et que son préjudice devait être réparé dans tous ses éléments (Cass., 1^{ère} civ., 22 février 1995, pourvoi n° 93-12644, Bull. n° 61 ; Cass., 1^{ère} civ., 28 juin 1995, pourvoi n° 93-18465, Bull. n° 224 et CE, 20 octobre 2004, *M et Mme Maridet*, n° 247080, Rec. p. 445).

De même, ils ont retenu que l'existence d'une prédisposition pathologique de la victime n'avait pas d'incidence sur son droit à indemnisation lorsque l'affection n'avait été provoquée ou révélée que par l'acte médical litigieux (CE, 27 octobre 2000, *CH de Seclin*, n° 208640, Rec. p.478 et Cass., 2^{ème} civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-16920, Bull. n° 263 et Cass., crim., 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-87617, Bull. n° 23).



La Cour de cassation a en outre estimé que la victime d'un dommage corporel n'était pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable du dommage en se soumettant aux actes médicaux préconisés et que son refus de se soumettre aux traitements médicaux préconisés pour améliorer son état, ne pouvait entraîner ni la perte ni la diminution de son droit à réparation (Cass., 2^{ème} civ., 19 juin 2003, pourvoi n° 00-22.302, Bull. n° 203, et Cass., 1^{ère} civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-10411, Bull. n° 214).

Le Conseil d'État n'a pas expressément statué sur cette question. Il a cependant retenu qu'une cour qui, pour rejeter une demande d'expertise après avoir constaté que l'état du requérant s'était aggravé, lui avait opposé la circonstance qu'il avait refusé la nouvelle intervention proposée par son chirurgien pour éviter une évolution défavorable et que de ce fait l'aggravation de son handicap lui était imputable, avait commis une erreur de droit en imputant ainsi exclusivement l'aggravation de l'état de l'intéressé à son refus d'une intervention réparatrice, alors que celle-ci n'aurait pas été rendue nécessaire si une faute n'avait pas été initialement commise par le défendeur lors d'une l'intervention chirurgicale et en en déduisant que l'expertise était inutile faute de droit à réparation de l'intéressé (CE, 3 décembre 2010, *Gandia*, n° 334622, inédit au Rec.).

La possibilité de prendre en compte le refus de l'intéressé pour restreindre, le cas échéant, son droit à indemnisation ne paraît ainsi pas exclue ; l'arrêt censurant en effet uniquement le fait d'avoir imputé exclusivement l'aggravation au refus de l'intéressé et écarté tout droit à indemnisation.

4. La prise en compte de prestations perçues par la victime

Il importe de déterminer quelles prestations peuvent être prises en compte.

La Cour de cassation a estimé que dès lors que seules devaient être imputées sur l'indemnité réparant l'atteinte à l'intégrité physique de la victime les prestations versées par des tiers payeurs qui ouvraient droit au profit de ceux-ci à un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation, les allocations versées dans le cadre du devoir de solidarité nationale, telles que le revenu minimum d'insertion, les allocations de chômage et l'allocation complémentaire de l'indemnité d'insertion et l'allocation aux adultes handicapés ne revêtaient pas un caractère indemnitaire et ne devaient pas être déduits du préjudice subi par la victime (Cass., 2^{ème} civ., 28 mars 1994, pourvoi n° 91-17165, Bull. n° 113 ; Cass., 2^{ème} civ., 7 avril 2005, pourvoi n° 04-10563, Bull. n° 90 ; Cass., 2^{ème} civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-19210, Bull. n° 133 et Cass., 2^{ème} civ., 14 mars 2002, pourvoi n° 00-12716, Bull. n° 47). Mais elle a estimé, en revanche, que le montant de l'allocation de retour à l'emploi perçue devait être pris en compte pour évaluer les pertes de gains professionnels subies par la victime (Cass., 2^{ème} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-67357, Bull. n° 105).

Le Conseil d'État a jugé, au contraire, que les sommes perçues au titre de l'allocation aux adultes handicapés et de l'allocation de chômage devaient venir en déduction des sommes qui lui sont versées par le responsable du dommage (CE, 6 mai 1988, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris c/ Consorts Léonen*, n° 64295, Rec. p. 186 et *Hôpital Marie Madeleine de Forbach*, n° 76881, inédit au Rec.).



C. La transmission des préjudices

Le droit à réparation des différents préjudices éprouvés par une victime naissant à la date à laquelle se produit le fait qui en est la cause, entre dans le patrimoine de la victime même si aucune action n'a été engagée et est donc transmis à son décès aux héritiers (Cass., 2^{ème} civ., 10 décembre 1986, pourvoi n° 85-13649, Bull. n° 188 et CE, 29 mars 2000, *AP-HP*, n° 195662, Rec. p. 147).

La Cour de cassation a précisé que ce droit s'étendait au *pretium doloris* éprouvé par la victime (Cass., 2^{ème} civ., 10 décembre 1986, pourvoi n° 85-13649, Bull. n° 188) mais aussi, et comme le Conseil d'État, à la réparation de la souffrance morale éprouvée liée à une perte de chance de survie ou plus précisément à la conscience d'une espérance de vie réduite en raison d'une faute du service public hospitalier dans la mise en œuvre ou l'administration des soins (Cass., 1^{ère} civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-19020, Bull. n° 118 ; Cass., Ch. mixte, 30 avril 1976, pourvoi n° 73-93014, Bull. n° 2 et CE, 24 octobre 2008, *Pietri*, n° 301851, Rec. p. 359).

La Cour de cassation et le Conseil d'État ont, en revanche, précisé qu'en cas de décès de la victime avant la liquidation définitive de son préjudice, les héritiers sont seulement fondés à réclamer l'indemnisation du préjudice éprouvé jusqu' à son décès, ce qui exclut notamment l'indemnisation du préjudice lié à la perte de revenus futurs par suite d'une mort précoce, apparu seulement au jour du décès (Cass., 2^{ème} civ., 24 juin 1998, pourvoi n° 96-18534, Bull. n° 226 ; Cass., crim., 3 novembre 2004, pourvoi n° 04-80665, Bull. n° 267 et CE, 24 octobre 2008, *Pietri*, n° 301851, Rec. p. 359).

Les ayants droit de la victime peuvent aussi, le cas échéant, demander réparation des préjudices qu'ils ont personnellement subis du fait du décès de la victime (*V. infra*).

D. Le recours des tiers payeurs

Les droits des caisses de sécurité sociale au titre des prestations versées à des victimes de dommages corporels en lien avec l'activité médicale sont essentiellement fixés par l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale et ont été modifiés de manière importante par l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006.

Il convient d'envisager successivement les prestations ouvrant droit à recours, les modalités de ce recours et son étendue ; ces dernières ayant été profondément modifiées par l'article 67. Un recours est cependant exclu en cas d'indemnisation au titre de la solidarité nationale.

1. Les prestations ouvrant droit à recours

Elles sont énoncées par l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 modifié par la loi n° 94 678 du 8 août 1994.

Il s'agit des prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale, les caisses et organismes de la mutualité sociale agricole et les organismes d'assurances habilités. Il s'agit aussi des prestations versées par l'État énumérées au II de l'article 1^{er} de l'ordonnance



n° 59-76 du 7 janvier 1959 et notamment des sommes versées pendant la période d'interruption du service, des frais médicaux et pharmaceutiques, du capital décès, des arrérages des pensions et rentes viagères d'invalidité, des pensions de retraite et de réversion prématurées, jusqu'à la date à laquelle la victime aurait pu normalement faire valoir ses droits à pension, ainsi que des allocations et majorations accessoires et des arrérages des pensions d'orphelin. Il s'agit enfin des sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation, des salaires et accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage, des indemnités journalières de maladie et des prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et les sociétés d'assurance régies par le code des assurances.

L'article 30 de la loi du 5 juillet 1985 précise que les recours mentionnés à l'article 29 ont un caractère subrogatoire.

Le Conseil d'État a précisé qu'une prestation ne pouvait être regardée comme prenant en charge un préjudice, au sens du troisième alinéa de l'article L. 376-1, qu'à la condition d'avoir pour objet cette réparation, d'être en lien direct avec le dommage corporel et d'être versée en application du livre 3 du code de la sécurité sociale et que les prestations ne présentant pas de caractère indemnitaire, notamment celles qui étaient versées au titre de l'aide sociale, restaient donc exclues de l'exercice du recours subrogatoire (CE, avis 4 juin 2007, *Lagier et consorts Guignon*, n° 303422 et 304214, Rec. p. 228).

2. Les modalités du recours

L'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale prévoit que la personne victime, les établissements de santé, le tiers responsable et son assureur sont tenus d'informer la caisse de la survenue des lésions causées par un tiers. La victime ou ses ayants droit doivent indiquer, dès lors qu'une procédure est engagée, sa qualité d'assuré social ainsi que les caisses de sécurité sociale auxquelles celle-ci est ou était affiliée pour les divers risques et appeler ces caisses en déclaration de jugement commun ou réciproquement.

Il précise qu'en l'absence de respect de l'une de ces obligations, la nullité du jugement sur le fond pourra être demandée pendant deux ans, à compter de la date à partir de laquelle ledit jugement est devenu définitif, soit à la requête du ministère public, soit à la demande des caisses de sécurité sociale intéressées ou du tiers responsable, lorsque ces derniers y auront intérêt et que hors le cas où la caisse est appelée en déclaration de jugement commun, la demande de la caisse vis-à-vis du tiers responsable s'exerce en priorité à titre amiable.

Le Conseil d'État a retenu que le juge administratif devait, y compris lorsqu'il était saisi d'une demande de provision en référé, procéder d'office à la mise en cause des caisses de sécurité sociale dans les litiges opposant la victime et le tiers responsable de l'accident (not. CE, 27 janvier 1967, *Mlle Zemmour*, n° 58336 et 61510, Rec. p. 48 et CE, 18 février 2009, *Mme Visval* n° 305810, inédit au Rec.). La



Cour de cassation en a déduit que la mise en cause de l'organisme social, s'imposait à peine d'irrecevabilité de la demande en réparation de la partie civile (Cass., crim., 18 Septembre 2007, pourvoi n° 07-80347, Bull. n° 212).

Le Conseil d'État a en outre précisé que, même dans le cas où la caisse de sécurité sociale n'avait pas formé de pourvoi en cassation, un arrêt se prononçant sur l'évaluation du préjudice puis sur les droits respectifs de la victime et de la caisse ne pouvait être cassé en tant seulement qu'il fixait les seuls droits de la victime mais que la cassation de l'arrêt en tant qu'il se prononçait sur les droits de la caisse n'était toutefois possible que si cette dernière avait été mise en cause. (CE, 1^{er} juillet 2005, n° 234403, Rec. p. 300).

En contrepartie des frais engagés pour obtenir le remboursement des sommes versées, la caisse d'assurance maladie peut solliciter une indemnité forfaitaire à la charge du tiers responsable et au profit de l'organisme national d'assurance maladie ; cette indemnité pouvant être majorée de 50 % lorsque l'assureur du tiers responsable a méconnu son obligation d'informer la caisse de la survenue des lésions causées par un tiers.

3. L'étendue du recours

L'article L. 376-1 prévoit désormais dans sa version issue de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 que les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge et que la victime dispose d'un droit de préférence sur la dette du responsable.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont retenu que ces nouvelles dispositions étaient applicables aux instances relatives à des dommages survenus antérieurement à leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée aux motifs notamment, selon le Conseil d'État, qu'une telle application n'était pas impossible en l'absence d'un texte réglementaire et qu'il s'agissait de règles régissant l'imputation sur la dette du tiers responsable des créances de sécurité sociale, avec des caractéristiques propres au mécanisme de subrogation légale (CE, avis, 4 juin 2007, *Lagier et consorts Guignon*, n° 303422 et 304214, Rec. p. 228 ; Cass., avis, 29 octobre 2007, pourvois n° 07-00015, 07-00016 et 07-00017, Bull. n° 10, 11 et 5).

a. Un recours poste par poste

Les tiers payeurs ne disposent plus que d'un recours sur les postes de préjudice ayant donné lieu à des versements de leur part et non plus sur l'ensemble des préjudices à caractère économiques subis par la victime.

L'article L. 376-1 a précisé que leur recours sur des postes de préjudice personnel étaient en principe exclus sauf s'ils établissaient qu'ils avaient effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel.

Le Conseil d'État en a déduit que le juge, saisi d'un recours de la victime d'un dommage corporel et d'un recours subrogatoire d'un organisme de sécurité



sociale devait, pour chacun des postes de préjudices patrimoniaux et personnels, déterminer le montant du préjudice en précisant la part qui a été réparée par des prestations de sécurité sociale et celle qui était demeurée à la charge de la victime. Ce montant correspond à celui du poste si la responsabilité du tiers est entière et à une partie seulement en cas de partage de responsabilité. (CE, avis, 4 juin 2007, *Lagier et consorts Guignon*, n° 303422 et 304214, Rec. p. 228 et CE, 8 août 2008, *Assistance publique à Marseille*, n° 272033, inédit au Rec.).

Il a notamment estimé que la rente accident du travail était présumée s'imputer sur la part patrimoniale du préjudice et non sur la part des préjudices personnels, sauf si la caisse établissait qu'une telle rente avait réparé de manière incontestable tout ou partie d'un tel préjudice (CE, 5 mars 2008, *CPAM de Seine-Saint-Denis*, n° 272447, Rec. p. 95).

La Cour de cassation a cependant admis que la rente versée à la victime d'un accident du travail, la rente d'invalidité et l'allocation temporaire d'invalidité en cas d'accident de service indemnisaient pour partie un préjudice économique et pour partie un préjudice personnel (Cass., 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 07-20419, Bull. n° 258 ; Cass., 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-18755, Bull. 260 ; Cass., 2^{ème} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-21816, Bull. n° 160).

b. Un droit de préférence en faveur de la victime

L'article L. 376-1 prévoit donc depuis la loi du 21 décembre 2006 que, conformément à l'article 1252 du code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été prise en charge que partiellement par les prestations sociales et qu'en ce cas, l'assuré social peut exercer ses droits contre le responsable, par préférence à la caisse subrogée.

Le recours prioritaire dont bénéficiaient les tiers payeurs sur la somme allouée se trouve ainsi remis en cause.

L'article 25 n'a cependant pas d'incidence sur le montant de l'indemnité mise à la charge du responsable au titre de la part du dommage qu'il a causé ; celle-ci étant seulement prioritairement allouée à la victime dans la limite du préjudice qu'elle a subi ; les tiers payeurs ne pouvant exercer leur recours que sur le solde restant.

Ce mécanisme peut permettre à la victime d'être indemnisée de l'ensemble de son dommage alors même que seule une partie est en réalité imputable à la faute du professionnel de santé ou de l'établissement de santé.

Le Conseil d'État a précisé que dans le cas où la réparation, fondée sur un pourcentage représentatif d'une perte de chance, était partielle, la somme que devait réparer le tiers responsable au titre d'un poste de préjudice devait être attribuée par préférence à la victime, le solde étant le cas échéant, attribué aux tiers subrogés (CE, 24 octobre 2008, *CHR d'Orléans*, n° 290733, inédit au Rec.).

La Cour de cassation a jugé, de même, que dans le cas d'une limitation du droit à indemnisation de la victime, ce droit de préférence avait pour conséquence que le préjudice corporel de la victime, évalué poste par poste, devait être intégralement



réparé pour chacun de ces postes dans la mesure de l'indemnité laissée à la charge du tiers responsable, et que le tiers payeur ne pouvait exercer son recours, le cas échéant, que sur le reliquat (Cass., 2^{ème} civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-14515, Bull. n° 227).

4. Un recours exclu en cas d'indemnisation au titre de la solidarité nationale

Les recours des tiers payeurs, subrogés dans les droits d'une victime d'un dommage, ne peuvent s'exercer qu'à l'encontre des personnes considérées comme responsables des dommages.

L'article L. 1142-1 II prévoit uniquement et sous certaines conditions une réparation au titre de la solidarité nationale, des préjudices du patient consécutifs à la survenue d'un accident médical, d'une affection ou d'une infection, en l'absence de responsabilité d'un professionnel de santé, d'un établissement ou service de santé ou d'un producteur de produit, et n'envisage pas de recours des tiers payeurs.

Il s'ensuit que les tiers payeurs, ayant versé des prestations à la victime d'un dommage corporel, ne peuvent exercer de recours subrogatoire contre l'ONIAM lorsque celui-ci a pris en charge la réparation de ce dommage au titre de la solidarité nationale et notamment en cas d'accident médical (CE, Avis, 22 janvier 2010, *Coppola*, n° 332716, Rec. p. 3).

Les tiers payeurs ne peuvent donc pas non plus exercer de recours à l'encontre de l'ONIAM dans le cas de dommages liés à une vaccination obligatoire ou une contamination par le VIH ; l'indemnisation ayant lieu expressément au titre de la solidarité nationale.

Pendant les conditions dans lesquelles l'ONIAM intervient pour indemniser les victimes ne sont pas toujours clairement précisées.

Le Conseil d'État a estimé, en matière de contamination par le VHC d'origine transfusionnelle dont l'indemnisation est désormais assurée par l'ONIAM substituant l'EFS en application de l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008, que sauf dans le cas des procédures en cours à la date du transfert, les tiers payeurs ne pourraient exercer de recours subrogatoire contre l'ONIAM et qu'un recours à l'encontre de l'EFS ne pourrait être effectué que dans l'hypothèse d'une faute (CE, Avis, 18 mai 2011, *EFS*, n° 343823, Rec. p. 243).

Le Conseil d'État a précisé qu'il n'appartenait pas au juge, saisi d'un litige portant sur une décision de l'ONIAM prise au titre de la solidarité nationale et ainsi conduit à évaluer le montant des indemnités revenant à la victime ou à ses ayants droit d'appeler en la cause, par principe et sous peine d'irrégularité de sa décision, les tiers-payeurs mais qu'il lui incombait, en revanche, de demander à la victime ou à ses ayants droit d'indiquer, si ces informations ne ressortaient pas des pièces du dossier, sa qualité d'assuré social ou d'agent public ainsi que la nature et le montant des prestations qu'elle avait, le cas échéant, perçues d'un ou plusieurs des tiers payeurs énumérés à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 et qu'il entrerait également dans l'office du juge, s'il l'estimait utile pour le règlement du litige, de diligenter des mesures d'instruction auprès des tiers-payeurs (CE, Avis, 22 janvier 2010, *Coppola*, n° 332716, Rec. p. 3).



E. L'appréciation des préjudices par les juridictions

Les juridictions du fond, comme la CRCI ou l'ONIAM, apprécient l'existence et l'étendue des préjudices.

Les juges du fond l'apprécient souverainement sous réserve de motiver leur décision afin que la Cour de cassation comme le Conseil d'État soient en mesure, le cas échéant, d'exercer leur contrôle ; la Cour de cassation a cependant retenu qu'ils n'étaient pas tenus de s'expliquer sur la méthode d'évaluation de l'incapacité permanente partielle (Cass., 2^{ème} civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 04-13567, Bull. n° 357).

Ils ne sont pas liés par l'avis donné par la CRCI dans le cadre d'une procédure amiable ou par un barème et peuvent en particulier opter pour le versement d'une rente indexée ou, sous réserve de l'accord du tiers responsable, d'un capital représentatif des arrrages à échoir de la rente.

Le Conseil d'État a précisé que si le juge avait le choix, pour assurer la réparation intégrale du préjudice correspondant aux pertes de revenus futurs, entre le remboursement des arrrages à échoir, au fur et à mesure de leur échéance, et, avec l'accord du responsable, le versement du capital représentatif des arrrages à échoir, il ne pouvait combiner ces deux modalités et le condamner ainsi à rembourser des arrrages à échoir tout en limitant leur montant total à celui d'un capital représentatif qu'il évalue (CE, 4 décembre 2009, *CRAMIF*, n° 312326, inédit au Rec.).

Il a ajouté que le juge qui reconnaissait la responsabilité de l'administration et ne mettait pas en doute l'existence d'un préjudice ne pouvait, sans méconnaître son office ni commettre une erreur de droit, rejeter les conclusions indemnitaires dont il était saisi en se bornant à relever que les modalités d'évaluation du préjudice proposées par la victime ne permettaient pas d'en établir l'importance et de fixer le montant de l'indemnisation mais devait apprécier lui-même le montant de ce préjudice, en faisant usage, le cas échéant, de ses pouvoirs d'instruction (CE, 15 décembre 2010, *GIE garde ambulancière 80 et autres*, n° 330867, inédit au Rec.).

II. Les préjudices liés à la survenue d'un dommage corporel

Les victimes de dommages corporels peuvent relever de régimes d'indemnisation différents selon l'origine de ces derniers. La nécessité d'assurer une égalité de traitement entre les victimes de tels dommages et de prendre en compte l'ensemble des préjudices effectivement subis, a conduit à l'élaboration de différentes méthodes d'indemnisation.

Après l'établissement en 2003 d'une nomenclature des préjudices corporels par un groupe de travail présidé par Mme Lambert-Faivre, sous l'égide du Conseil national de l'aide aux victimes, une nouvelle nomenclature des préjudices corporels a été élaborée en 2005 par un groupe de travail présidé par M. Dintilhac, à la demande de la Secrétaire d'État aux droits des victimes invoquant la nécessité de pouvoir disposer d'une nomenclature incontestable et uniforme des différents chefs de préjudice, applicable à l'ensemble des victimes de dommages corporels quels qu'en soient les causes. Cette nomenclature répertorie différents postes de préjudices éprouvés par les victimes directes et indirectes à caractères économiques et personnels.



Le recours à un examen poste par poste des préjudices s'impose, au moins en partie, depuis la modification, conformément aux propositions concordantes de ces groupes de travail, par l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006, des conditions d'exercice des recours subrogatoires des tiers payeurs ; ces derniers ne disposant plus que d'un recours sur les postes de préjudice ayant donné lieu au versement de prestations ce qui implique au minimum de les distinguer des autres postes de préjudice.

La nomenclature *Dintilhac* préconise de distinguer les différents chefs de préjudice de la victime, qu'ils fassent ou non l'objet d'un recours. Elle a été adoptée par l'ensemble des juridictions judiciaires. L'ONIAM a créé un référentiel d'indemnisation en reprenant les différents postes de préjudice retenus par la nomenclature et la CNAMed a établi une mission-type donnée aux experts en accidents médicaux reprenant cette nomenclature.

Après avoir relevé que l'applicabilité immédiate de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 ne faisait pas obstacle à ce que le Premier ministre fasse usage de son pouvoir réglementaire d'exécution des lois pour établir par décret une nomenclature des postes de préjudice et une table de concordance de ces derniers avec les prestations servies par les tiers payeurs, le Conseil d'État a retenu qu'il ressortait de la loi du 21 décembre 2006, éclairée par ses travaux préparatoires, qu'un poste de préjudice se définissait comme un ensemble de préjudices de même nature directement liés aux dommages corporels subis par la victime directe, que la nouvelle rédaction de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale n'imposait de procéder à une évaluation distincte par poste que pour autant que le tiers payeur établissait qu'il avait versé ou verserait à la victime une prestation indemnisant un préjudice relevant de ce poste, et ne faisait donc pas obstacle à ce que les postes de préjudice ne donnant lieu au versement d'aucune prestation imputable fassent l'objet d'une indemnisation globale au profit de la victime (CE, avis, 4 juin 2007, *Lagier et consorts Guignon*, n° 303422 et 304214, Rec. p. 228).

La nomenclature *Dintilhac*, comme l'avis *Lagier*, distingue les préjudices présentant un caractère patrimonial, correspondant à des pertes subies par la victime en raison des dépenses et frais exposés ou à des gains professionnels manqués sur lesquels s'exercent en principe les recours des tiers payeurs (V. *supra*) et les préjudices personnels dépourvus de toute incidence patrimoniale dans la mesure où c'est l'être même de la victime qui est atteint. Ils distinguent aussi les préjudices éprouvés par la victime directe et par les victimes indirectes.

Cependant la réparation du préjudice de ces dernières, en cas d'accident médical, infection nosocomiale ou affection iatrogène n'engageant pas la responsabilité du professionnel de santé, d'un établissement de santé ou d'un producteur, n'est prévue par l'article L. 1142-1 II du code de la santé publique et mise à la charge de l'ONIAM que depuis la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 et est de plus réservée au seul cas où la victime directe est décédé.

Le Conseil d'État en a donc déduit qu'une cour administrative d'appel qui avait mis à la charge de l'ONIAM une indemnité réparant le préjudice subi par le conjoint d'un patient atteint de séquelles avait violé l'article L. 1142-1-II du code de la santé publique (CE, 30 mars 2011, n° 327669, *ONIAM c/ Hautreux*, Rec. p. 148).



A. La nomenclature Dintilhac

La nomenclature comprend deux parties relatives aux préjudices corporels de la victime directe et aux préjudices corporels des victimes indirectes (V. annexe).

1. Les préjudices corporels de la victime directe

Ces différents préjudices sont subis de manière temporaire ou définitive lorsqu'ils subsistent au delà de la consolidation correspondant à la date de stabilisation des conséquences des lésions organiques et physiologiques, fixée le plus souvent par l'expert médical.

a. Les préjudices patrimoniaux

Les préjudices temporaires comprennent les dépenses de santé actuelles, les frais divers et les pertes de gains professionnels jusqu'à la consolidation.

Les préjudices permanents incluent les dépenses de santé futures, les frais de logement et de véhicules adaptés, l'assistance par une tierce personne, les pertes de gains professionnels futurs, l'incidence professionnelle et le préjudice scolaire, universitaire ou de formation.

b. Les préjudices extrapatrimoniaux

Les préjudices temporaires comprennent le déficit fonctionnel temporaire, les souffrances endurées et le préjudice esthétique éprouvé jusqu'à la consolidation.

Les préjudices définitifs incluent le déficit fonctionnel permanent, le préjudice d'agrément, le préjudice esthétique permanent, le préjudice sexuel, le préjudice d'établissement et les préjudices permanents exceptionnels.

La Cour de cassation a retenu que le déficit fonctionnel temporaire et le déficit fonctionnel permanent, sur lequel le recours des tiers payeurs a été admis pour partie au titre des rentes accident du travail et d'invalidité et de l'allocation temporaire d'invalidité en cas d'accident de service (Cass., 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 07-20419, Bull. n° 258 ; Cass., 2^{ème} civ, pourvoi n° 08-18755, Bull. 260 ; Cass., 2^{ème} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-21816, Bull. n° 160), incluait, l'un pour la période antérieure à la date de consolidation, l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle ainsi que le temps d'hospitalisation et les pertes de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante durant la maladie traumatique, et l'autre, pour la période postérieure à cette date, les atteintes aux fonctions physiologiques, la perte de la qualité de vie et les troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales tout en précisant que le préjudice d'agrément visait uniquement l'impossibilité de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs (Cass., 2^{ème} civ. , 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16829, Bull. n° 131).

Cependant en matière d'accident du travail, le préjudice d'agrément visé par L. 452-3 du code de la sécurité sociale correspond aux troubles ressentis dans les conditions d'existence et notamment au préjudice sexuel (Cass., 2^{ème} civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-14047, Bull. n° 78).



Le préjudice sexuel comprend tous les préjudices touchant à la sphère sexuelle à savoir : le préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi, le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel, qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte, ou de la perte de la capacité à accéder au plaisir, et le préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer (Cass., 2^{ème} civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-15842, Bull. n° 115).

Le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés étant inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées ou dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent, ne peut être indemnisé séparément au titre d'un préjudice distinct (Cass., 2^{ème} civ., 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-69433, Bull. n° 155).

2. Les préjudices corporels des victimes indirectes

Ils diffèrent selon que la victime est décédée à la suite des soins ou a survécu, et présentent un caractère patrimonial ou extrapatrimonial.

Les préjudices liés au décès de la victime comprennent au titre des préjudices patrimoniaux les frais d'obsèques, les pertes de revenus des proches et les frais divers des proches et des préjudices extrapatrimoniaux les préjudices d'accompagnement et d'affection.

Les préjudices en cas de survie de la victime incluent au titre des préjudices patrimoniaux les pertes de revenus des proches et leurs frais divers et au titre de préjudices extrapatrimoniaux le préjudice d'affection et les préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels.

B. L'avis Lagier

Il préconise de distinguer à tout le moins, les postes de préjudice suivants : les dépenses de santé, les frais liés au handicap, les pertes de revenus, l'incidence professionnelle et scolaire du dommage corporel, les autres dépenses liées au dommage corporel et les préjudices personnels (V. annexe).

Il précise notamment s'agissant des préjudices personnels que ceux-ci peuvent faire l'objet d'une indemnisation globale sauf dans le cas, prévu au cinquième alinéa de l'article L. 376 1, où la caisse établit avoir effectivement et préalablement versé à la victime une prestation réparant de manière incontestable un préjudice ayant un tel caractère et que dans une telle hypothèse, il y a lieu de distinguer, pour la victime directe, les souffrances physiques et morales, le préjudice esthétique et les troubles dans les conditions d'existence, envisagés indépendamment de leurs conséquences pécuniaires.

Le Conseil d'État n'a pas admis jusqu'à présent de recours des tiers payeurs sur un poste de préjudice personnel et notamment sur le poste réparant les troubles dans les conditions d'existence.

Il a en outre précisé dans le cas d'enfants gravement handicapés que, lorsque le juge ne peut déterminer si l'enfant, victime de dommages dus à la faute commise



par un centre hospitalier, serait placé dans une institution spécialisée ou s'il serait hébergé au domicile de sa famille, il accorde à l'enfant une rente trimestrielle couvrant les frais de son maintien à domicile, calculée sur la base d'un taux quotidien, et condamne le responsable du dommage à rembourser à l'organisme de sécurité sociale les frais d'hébergement en institution spécialisée sur frais justificatifs présentés à ce responsable (CE, 25 juin 2008, *CPAM de Dunkerque*, n° 235887, Rec. p. 232).

L'avis *Lagier* retient enfin au titre des préjudices personnels des ayants droit, la douleur morale et les troubles dans les conditions d'existence ; la réparation de leurs préjudices patrimoniaux étant en outre admise au titre des frais divers et des pertes de revenus.

III. Les préjudices spécifiques

Ces préjudices peuvent présenter des particularités liées au cadre dans lequel ils sont survenus ou résulter spécifiquement de l'activité médicale.

Ils peuvent consister en une perte de chance pour la victime d'obtenir une amélioration de son état, une guérison ou d'échapper à une atteinte corporelle ; celle-ci pouvant être liée à une faute, une infection ou à la défectuosité d'un produit (V. TR 3) ou à un défaut d'information (V. TR 5).

Ils peuvent être éprouvés au cours de la grossesse ou lors de la naissance d'un enfant handicapé ou être la conséquence d'une contamination à l'occasion de la transfusion de produits sanguins ou de l'injection de produits dérivés du sang.

A. Les préjudices liés à la grossesse et à la naissance

Ils peuvent être liés à une interruption fautive de la grossesse, à l'échec d'une interruption volontaire de grossesse ou encore au handicap de l'enfant à la naissance, consécutif à une faute ou n'ayant pas été décelé à la suite d'une faute.

A la suite d'arrêts de principe de la Cour de cassation et du Conseil d'État relatifs à la réparation des préjudices consécutifs à la naissance avec un handicap non décelé à la suite de fautes, le législateur a fixé de nouvelles règles énoncées à l'article 1^{er} I de loi du 4 mars 2002, transposé depuis la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ; cet article visant également le cas où le handicap a été provoqué par une faute.

1. L'interruption fautive de la grossesse

La faute du professionnel ou de l'établissement de santé peut avoir entraîné l'interruption d'une grossesse désirée et justifie la réparation des préjudices personnels et celle des préjudices économiques éventuels. Il ne peut cependant être reproché au médecin ayant involontairement causé la mort de l'enfant à naître un homicide involontaire dès lors que l'atteinte mortelle doit avoir été portée de manière non intentionnelle à un être humain né et vivant, ce qui exclut les enfants à naître (Cass., plén. 29 juin 2001, pourvoi n° 99-85973, Bull. n° 165 et Cass, crim., 4 mai 2004, pourvoi n° 03-86175, Bull. n° 108).



2. La naissance après l'échec d'une interruption volontaire de grossesse

Le Conseil d'État puis la Cour de cassation ont jugé que la naissance d'un enfant survenue après une intervention pratiquée en vue d'une interruption de la grossesse n'ouvrait pas droit à réparation, sauf circonstances ou situation particulières (CE, Ass., 2 juillet 1982, *Mlle R.*, n° 23141, Rec. p. 266, et Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 1991, pourvoi n° 89-18617, Bull. n° 213).

Le Conseil d'État a cependant retenu un droit à réparation de la mère d'un enfant après l'échec d'une interruption volontaire de grossesse ayant causé un traumatisme au fœtus, à l'origine de la malformation dont l'enfant est atteint (CE, 27 septembre 1989, *Mme Karl*, n° 76105, Rec. p. 176).

3. La naissance avec un handicap provoqué par une faute

L'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles prévoit expressément que la personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer ; cette disposition ne soulevant pas de difficulté.

4. La naissance avec un handicap non décelé à la suite d'une faute

Elle a donc donné lieu à de nombreux débats et à l'intervention du législateur. Il convient d'évoquer successivement les arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'État, les règles fixées par le législateur, les décisions qu'elles ont suscitées à la suite de leur application immédiate et l'examen de leur conformité à la Constitution.

a. Les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation antérieures à la loi du 4 mars 2002

Le Conseil d'État a retenu qu'un centre hospitalier avait commis une faute en s'abstenant d'informer la mère d'un enfant du manque de fiabilité des résultats d'un examen chromosomique, que si cette faute ne pouvait être regardée comme la cause de la trisomie dont l'enfant est atteint, elle devait, en revanche, être regardée comme la cause directe des préjudices des parents que l'infirmité de l'enfant entraînait dès lors qu'il résultait de l'instruction qu'en demandant qu'il soit procédé à une amniocentèse, ceux-ci avaient clairement manifesté leur volonté d'éviter le risque de mettre au monde un enfant trisomique et que les résultats qui leur avaient été communiqués les avaient faussement conduits à la certitude que l'enfant conçu n'était pas porteur de cette anomalie génétique et les avaient dissuadés de faire pratiquer une nouvelle amniocentèse dans la perspective d'une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique sur le fondement de l'article L. 162-12 du code de la santé publique (CE, 14 février 1997, *CHR Nice*, n° 133238).

La Cour de cassation a affirmé que l'enfant lui-même pouvait demander réparation du préjudice résultant de son handicap et causé par les fautes commises par un médecin et un laboratoire de biologie médicale dans la recherche d'anticorps de la rubéole chez sa mère ayant empêché celle-ci d'interrompre sa grossesse



afin d'éviter la naissance d'un enfant handicapé et que ce préjudice devant être intégralement réparé n'était pas constitué par une perte de chance (Cass., Plén., 17 novembre 2000, pourvoi n° 93-13701, *Perruche*, Bull. n° 9 et Cass., Plén., 28 novembre 2001, pourvoi n° 00-14248, Bull. n° 16), sous réserve que le handicap soit en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin (Cass., Plén., 13 juillet 2001, pourvois n° 97-17359, 97-19282 et 98-19190, Bull. n° 10).

Elle a également retenu que les parents pouvaient demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap en relation de causalité directe avec la faute retenue (Cass, plén., 28 novembre 2001, pourvoi n° 00-11197, Bull. n° 15).

b. L'article 1^{er} I de loi du 4 mars 2002

L'article 1^{er} I de la loi du 4 mars 2002 a affirmé que nul ne pouvait se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, que lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé était engagée vis à vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents pouvaient demander une indemnité au titre de leur seul préjudice, que ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap et que la compensation de ce dernier relevait de la solidarité nationale.

Cette disposition a mis un terme à toute possibilité de recours de l'enfant. Mais elle a également porté atteinte au droit des parents d'obtenir la réparation de l'ensemble des préjudices afférents au handicap retenu par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Si le texte finalement adopté ne limite pas expressément l'indemnisation au préjudice moral, il exclut cependant la réparation des charges liées au handicap.

Il conditionne en outre la responsabilité à l'exigence d'une faute caractérisée, consacrée auparavant uniquement en droit pénal par la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la notion des délits non-intentionnels et retenue en cas de faute grave et manifeste.

L'article 1^{er} I a été déclaré applicable aux instances en cours, à l'exception de celles où il avait été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

c. Les décisions liées à l'application immédiate de l'article 1^{er} I

L'application de cette nouvelle disposition a eu des conséquences immédiates et majeures dans les procédures en cours ; le Conseil d'État ayant jugé que cette disposition était suffisamment précise pour être appliquée sans que l'intervention de dispositions législatives ou réglementaires soit nécessaire et était applicable aux situations apparues antérieurement à l'adoption de la loi et aux instances en cours, à l'exception des décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée (CE, Ass., 6 décembre 2002, *Mme Draon*, n° 250167, Rec. p. 423).

La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie par des parents dont les instances étaient en cours et dont les indemnités avaient été réduites dans des proportions très importantes à la suite de l'application de cette disposition.



La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que la France avait violé l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le respect des biens dans la mesure où l'article 1^{er} I de la loi du 4 mars 2002 concernait des instances qui étaient en cours, le 7 mars 2002, date de son entrée en vigueur. Elle a énoncé que lorsqu'ils avaient introduit leur recours, les requérants avaient une espérance légitime d'obtenir la réparation intégrale des préjudices subis du fait du handicap de leur enfant, que cette ingérence s'analysait en privation de propriété au sens de l'article 1^{er}, qu'une atteinte aussi radicale au droit des intéressés avait rompu le juste équilibre devant régner entre d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens (CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c. France*, requête n° 1513/03 et *Maurice c. France*, requête n° 11810/03).

La Cour de cassation a jugé à la suite de cette décision que cette disposition n'était pas applicable aux litiges en cours lors de adoption de la loi, en l'absence d'un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens permettant de priver une personne de son droit de créance dès lors que l'article 1^{er} I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, avait institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les parents pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable légitimement espérer que leur préjudice inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant du handicap ou que leur enfant serait indemnisé au titre du préjudice résultant de son handicap (Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, pourvois n° 01-16684, 02-12260 et 02-13775, Bull. n° 29, 30 et 31, et Cass., 1^{ère} civ., 21 février 2006, pourvoi n° 03-11917, Bull. n° 94).

Elle a estimé que ce raisonnement était applicable aussi au cas dans lequel le dommage, soit la naissance de l'enfant, était survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, quelle que soit la date de l'introduction de la demande en justice (Cass., 1^{ère} civ., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-12159, Bull. n° 190).

Le Conseil d'État a jugé aussi qu'en excluant du préjudice des parents, les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie, en subordonnant l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la faute à une faute caractérisée et en instituant un mécanisme de compensation forfaitaire des charges découlant du handicap ne répondant pas à l'obligation de réparation intégrale, l'article 1^{er} I de la loi du 4 mars 2002 avait porté une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents d'un enfant né porteur d'un handicap non décelé avant sa naissance par suite d'une faute pouvaient légitimement espérer détenir sur la personne responsable avant l'entrée en vigueur de cette loi, que les dispositions de l'article 1^{er} I de la loi du 4 mars 2002, en ce qu'elles s'appliquaient aux instances en cours sous la seule réserve qu'elles n'aient pas donné lieu à une décision statuant irrévocablement sur le principe de l'indemnisation, étaient incompatibles avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne pouvaient recevoir application à l'instance engagée par des parents pour



obtenir réparation des conséquences dommageables résultant de la naissance de cet enfant (CE, 24 février 2006, *Mme Levenez et M. Levenez*, n° 250704, Rec. p. 83).

Il a en outre notamment retenu que constituait une faute caractérisée ouvrant droit à réparation en application de l'article 1^{er} I, l'inversion des résultats des analyses pratiquées sur deux patientes ayant conduit le centre hospitalier à communiquer l'information erronée selon laquelle les analyses n'avaient mis en évidence chez l'enfant à naître aucun risque d'amyotrophie spinale infantile (CE, 19 février 2003, *AP-HP/ Epoux M*, n° 247908 et 249524, Rec. p. 41).

d. La conformité à la Constitution de l'article 1^{er} I, devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles

Le Conseil d'état, saisi d'une QPC invoquant une atteinte portée aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment à la séparation des pouvoirs et au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a transmis celle-ci au Conseil Constitutionnel (CE, 14 avril 2010, *Mme Lazare*, n° 329290, Rec. p. 108).

Le Conseil Constitutionnel a, sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, déclaré le 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005, prévoyant que les dispositions de l'article L. 114-5 étaient applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi 4 mars 2002 à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation, contraire à la Constitution au motif qu'il n'existait pas d'intérêt général suffisant pour justifier la remise en cause des droits des personnes ayant, avant le 7 mars 2002, date d'entrée en vigueur du I de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice (QPC 2010-2 du 11 juin 2010).

Le Conseil d'État a estimé que lorsqu'un doute subsistait, à la lecture du seul dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sur la portée de l'abrogation prononcée, le juge du litige pouvait prendre en compte pour l'interpréter les motifs qui en étaient le support nécessaire et qu'il résultait de cette décision et de ses motifs qui en étaient le support nécessaire qu'elle n'emportait abrogation de cette disposition que dans la mesure où cette disposition rendait les règles dites « anti-Perruche » figurant à l'article L. 114-5 applicables aux instances en cours à la date de leur entrée en vigueur, et non en tant qu'elles s'appliquaient à la réparation de dommages dont le fait générateur était antérieur à leur entrée en vigueur mais qui, à cette date, n'avaient pas encore donné lieu à une action indemnitaire (CE, Ass., 13 mai 2011, *Lazare*, n° 329290, Rec. p. 235 et CE, *Mme Delannoy et Verzele*, n° 317808, Rec. p. 238).

Il en a déduit dans l'affaire *Lazare*, dans laquelle l'enfant était né en 1995 et l'instance avait été engagée postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, que le régime de responsabilité issu de celle-ci était donc applicable alors que dans l'affaire *Delannoy et Verzele*, il pouvait être écarté compte tenu des demandes d'expertise formées par les parents en vue d'obtenir réparation de leurs préjudices avant l'entrée en vigueur de la loi.



Lorsque l'article L. 114-5 est applicable, les parents peuvent donc uniquement invoquer un préjudice, au moins moral, dans le cas où la faute commise les a privés de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif médical. Un recours des tiers payeurs n'est pas envisageable en l'absence de réparation des charges particulières découlant du handicap.

2. Les préjudices liés aux contaminations transfusionnelles

Ces contaminations peuvent être à l'origine de préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux éprouvés par les victimes directes et par leur entourage. Les contaminations par le VIH et le VHC posent des difficultés spécifiques en matière d'indemnisation liées au fait qu'il s'agit d'affections évolutives et qu'il est le plus souvent impossible de fixer une date de consolidation et un taux de déficit fonctionnel permanent. Leur indemnisation a fait l'objet d'évolutions.

a. Le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, créé par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 a retenu l'existence d'un préjudice spécifique de contamination subi par les personnes contaminées par le VIH à l'occasion de transfusions de produits sanguins ou d'injections de produits dérivés du sang, défini comme un préjudice personnel et non économique recouvrant l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés par la séropositivité puis, s'il y a lieu, par la survenance du Sida déclaré. Il a aussi admis le recours au fractionnement du préjudice spécifique de contamination dans le cas d'une séropositivité ; le paiement de l'indemnisation afférente au SIDA déclaré étant subordonné à la constatation médicale de la maladie.

b. La Cour de cassation, dans le cadre des recours contentieux confiés à la Cour d'appel de Paris, a précisé que le préjudice spécifique de contamination, n'incluait pas l'atteinte à l'intégrité physique (Cass., 2^{ème} civ., 2 avril 1996, pourvoi n° 94-15676, Bull. n° 88) et admis le recours à un tel fractionnement (Cass., 1^{ère} civ., 20 juillet 1993, pourvoi n° 92-06001, Bull. n° 274).

Elle a ensuite reconnu aussi l'existence d'un préjudice spécifique de contamination dans le cas de contaminations par le VHC et précisé qu'il comprenait l'ensemble des préjudices de caractère personnel tant physiques que psychiques résultant du seul fait de la contamination virale et qu'il incluait notamment les perturbations et craintes éprouvées, toujours latentes, concernant l'espérance de vie ainsi que la crainte des souffrances, le risque de toutes les affections opportunistes consécutives à la découverte de la contamination, les perturbations de la vie sociale, familiale et sexuelle et enfin les souffrances, le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément provoqués par les soins et traitements subis pour combattre la contamination ou en réduire les effets (Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 01-00575, Bull. n° 95 et Cass., 1^{ère} civ., 3 mai 2006, pourvois n° 05-10.411 et 05-11139, Bull. n° 214 et 215). Elle a précisé que le préjudice spécifique de contamination n'incluait pas le préjudice à caractère personnel constitué par le déficit fonctionnel, lorsqu'il existait (Cass., 2^{ème} civ., 19 novembre 2009, pourvois n° 08-11622 et 08-16172, Bull. n° 279 et Cass., 2^{ème} civ., 18 mars 2010, pourvoi n° 08-16169, Bull. n° 65), permettant ainsi la réparation en outre du déficit fonctionnel temporaire et permanent.



La nomenclature *Dintilhac* inclut dans les préjudices extrapatrimoniaux subis par la victime directe, outre les préjudices extrapatrimoniaux temporaires et définitifs, les préjudices liés à des pathologies évolutives en considérant que le risque d'évolution constitue en lui-même un chef de préjudice distinct qui doit être indemnisé en tant que tel.

c. Le Conseil d'État auquel l'ordonnance n° 2005-1087 du 1^{er} septembre 2005 a donné sous certaines conditions une compétence exclusive quant aux demandes d'indemnisation au titre des contaminations par le VHC, indemnise au titre des préjudices personnels des victimes essentiellement les troubles dans les conditions d'existence et parfois un préjudice d'agrément, un préjudice moral et des souffrances.

d. L'ONIAM ayant reçu en application de l'article 67 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 la mission d'indemniser les victimes de contaminations par le VHC d'origine transfusionnelle au moyen d'une procédure amiable prévue spécifiquement par l'article L. 1221-14 du code de la santé publique, a établi un référentiel d'indemnisation pour les victimes directes et indirectes et prévu notamment l'indemnisation des troubles de toute nature dans les conditions d'existence de la victime de la contamination, comprenant lorsqu'ils existent le déficit fonctionnel temporaire, le préjudice esthétique temporaire éventuel, les souffrances endurées, le préjudice d'agrément, le préjudice esthétique permanent éventuel, le préjudice sexuel éventuel, le préjudice d'établissement éventuel, le préjudice lié à des pathologies évolutives comprenant les contraintes liées à l'obligation de s'astreindre à une surveillance médicale régulière et aux craintes légitimes éprouvées par la personne quant à l'évolution de son état de santé. Il indemnise en outre les préjudices économiques voire le déficit fonctionnel permanent s'il peut être fixé.

IV. Le rôle de l'assurance dans l'indemnisation des dommages

Depuis la loi du 4 mars 2002, les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements, services et organismes de santé ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé sont tenus, en application de l'article L. 1142-2 du code de la santé publique de souscrire une assurance destinée à les garantir quant à leur responsabilité civile ou administrative. Les promoteurs de recherches biomédicales sont soumis à des dispositions spécifiques prévues par l'article L. 1121-10 du code de la santé publique. Ne peuvent être dispensés de cette obligation que les établissements publics de santé disposant de ressources financières leur permettant de faire face à une indemnisation. Les assurances des établissements, services et organismes de santé couvrent leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical.

Les contrats d'assurance peuvent cependant prévoir des plafonds de garantie prévus par l'article R. 1142-4 du code de la santé publique ; l'assureur devant néanmoins selon les articles L. 1142-14 et L. 1142-15 dans le cas où le plafond est atteint, en aviser la victime ainsi que l'ONIAM qui peut alors se substituer à lui pour indemniser cette dernière.



La loi du 30 décembre 2002 applicable aux contrats d'assurance conclus ou renouvelés à compter du 31 décembre 2002, a prévu le recours aux clauses de réclamation, selon les modalités fixées par l'article L. 251-2 du code des assurances ; l'assureur étant tenu de garantir les sinistres pour lesquels la première réclamation est formée pendant la période de validité du contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre, dès lors que le fait dommageable est survenu dans le cadre des activités de l'assuré, garanties au moment de la première réclamation.

La Cour de cassation a retenu que lorsqu'un même sinistre était susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il était couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première déclaration (Cass., 1^{ère} civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-19672, Bull. n° 203) et qu'étaient illicites les clauses tendant à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré dans le cas de contrats conclus avant l'adoption de la loi du 30 décembre 2002, soit en l'absence d'une telle autorisation du législateur, (not. Cass., 1^{ère} civ., 2 juin 2004, pourvois n° 01-17354 et 01-17823, Bull. n° 155 ; CE, 29 décembre 2000, n° 212338, 215243, *Beule et autres*, Rec. p. 655).

Dans le cadre de leur mission, les assureurs peuvent proposer à la victime de dommages une transaction directe quant au montant de la réparation ; la transaction et ses effets étant prévus par les articles 2044 et suivants du code civil.

Ils ont la possibilité, dans le cadre de la procédure amiable devant les CRCI et à la suite d'un avis de la CRCI concluant à la responsabilité de leur assuré faire une offre d'indemnisation à la victime visant à la réparation intégrale des préjudices subis selon les modalités prévues par l'article L. 1142-14 du code de la santé publique. L'acceptation de cette offre vaut transaction mais l'assureur dispose, s'il estime que le dommage n'engage pas la responsabilité de son assuré d'une action subrogatoire à l'encontre du tiers responsable ou de l'ONIAM (V. TR 1).

L'ONIAM peut se substituer à l'assureur en raison du silence ou de refus explicite de ce dernier ou du fait que sa couverture était épuisée, et en cas d'acceptation de son offre par la victime, il dispose alors d'une action subrogatoire à l'encontre de l'assureur.

L'assureur peut aussi être condamné par la juridiction saisie *in solidum* avec son assuré, à verser aux victimes les sommes allouées en réparation de leur dommage ; les articles L. 1142-14 et L. 1142-15 du code de la santé publique prévoyant la possibilité pour le juge, dans les cas où une offre manifestement insuffisante a été faite à la victime par l'assureur, en cas de silence de l'assureur ou de refus de faire une offre, de condamner l'assureur au versement à l'office d'une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime.

La Cour de cassation a retenu qu'une offre dérisoire d'un assureur équivalait à une absence d'offre au sens de l'article L. 1142-15 du code de la santé publique, de sorte que l'ONIAM s'était régulièrement substitué à cet assureur qui encourait dès lors la pénalité égale à 15 % des sommes allouées aux intéressés (Cass., 1^{ère} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-19766, Bull. n° 146).



V. Les réflexions en vue d'améliorer l'indemnisation des victimes

Ces réflexions visent en particulier à assurer une meilleure indemnisation des victimes ainsi qu'une plus grande égalité de traitement entre elles quel que soit le cadre dans lequel leurs préjudices sont fixés.

Une proposition de loi en ce sens a notamment été adoptée le 16 février 2010 par l'Assemblée nationale mais n'a pu aboutir (Proposition n° 2055 de M. Guy Lefrand). Elle prévoyait en particulier la création d'une base de données en matière de dommage corporel, une définition-type de missions d'expertise médicale et l'établissement d'un barème médical unique, une définition des postes de préjudice sur la base d'une nomenclature non limitative, un calcul des préjudices futurs sur la base d'un barème de capitalisation fixé par décret et la conversion en capital des rentes indemnitaires suivant ce même barème.

L'article 56 de loi n° 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires aménageant notamment les conditions d'indemnisation des victimes de dommages corporels, avait aussi prévu que, dans le cadre des procédures amiables ou contentieuses, les dommages corporels pour lesquels la victime pouvait prétendre à indemnisation seraient déterminés suivant une nomenclature non limitative de postes de préjudices, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, fixée par décret en Conseil d'État, que les préjudices futurs de victimes d'accident, quel que soit leur mode de liquidation, ainsi que les prestations futures ouvrant droit à recours seraient calculés, conventionnellement comme judiciairement, suivant une table de conversion fixée par décret, basée sur un taux d'intérêt révisé au moins une fois par an et actualisée tous les trois ans économiques, et que des missions types adaptables d'expertise médicale, pouvant être retenues par les juridictions saisies de demandes de réparation de préjudices corporels, seraient établies par voie réglementaire. Cet article a cependant été déclaré non conforme à la Constitution comme ayant été introduit à l'Assemblée nationale en 1ère lecture et n'ayant pas de lien, même indirect, avec la proposition de loi initiale, et comme ayant été adopté selon une procédure contraire à la Constitution (Conseil Constitutionnel n° 2011-640 DC du 4 août 2011).

Ces réflexions doivent donc se poursuivre.



Nomenclature des préjudices corporels *Dintilhac*

Source : Rapport du groupe de travail présidé par J.P. Dintilhac, 2005

A.- Nomenclature des préjudices corporels de la victime directe

1°) Préjudices patrimoniaux

a) Préjudices patrimoniaux temporaires (avant consolidation) :

- Dépenses de santé actuelles
- Frais divers
- Pertes de gains professionnels actuels

b) Préjudices patrimoniaux permanents (après consolidation) :

- Dépenses de santé futures
- Frais de logement adapté
- Frais de véhicule adapté
- Assistance par tierce personne
- Pertes de gains professionnels futurs
- Incidence professionnelle
- Préjudice scolaire, universitaire ou de formation

2°) Préjudices extrapatrimoniaux

a) Préjudices extra-patrimoniaux temporaires (avant consolidation)

- Déficit fonctionnel temporaire
- Souffrances endurées
- Préjudice esthétique temporaire

b) Préjudices extra-patrimoniaux permanents (après consolidation)

- Déficit fonctionnel permanent
- Préjudice d'agrément
- Préjudice esthétique permanent
- Préjudice sexuel
- Préjudice d'établissement
- Préjudices permanents exceptionnels

c) Préjudices extra-patrimoniaux évolutifs (hors consolidation)

- Préjudices liés à des pathologies évolutives

B - Nomenclature des préjudices corporels des victimes indirectes (victimes par ricochet)

1°) Préjudices des victimes indirectes en cas de décès de la victime directe

a) Préjudices patrimoniaux

- Frais d'obsèques
- Pertes de revenus des proches
- Frais divers des proches



- b) Préjudices extra-patrimoniaux
 - Préjudice d'accompagnement
 - Préjudice d'affection

2°) Préjudices des victimes indirectes en cas de survie de la victime directe

- a) Préjudices patrimoniaux
 - Pertes de revenus des proches
 - Frais divers des proches

- b) Préjudices extra-patrimoniaux
 - Préjudice d'affection (P.A.F.)
 - Préjudices extra- patrimoniaux exceptionnels

Avis Lagier

Conseil d'État, 4 juin 2007, *Lagier Consorts Guigon*, n° 303422, 304214, Rec. p 228.

Extraits sur l'interprétation des nouvelles dispositions de l'article 376-1 du code de la sécurité sociale, en ce qui concerne la notion de « postes de préjudices :

« Il ressort de la loi du 21 décembre 2006, éclairée par ses travaux préparatoires, qu'un poste de préjudice se définit comme un ensemble de préjudices de même nature directement liés aux dommages corporels subis par la victime directe. La détermination par le juge des postes de préjudices doit tenir compte de l'objet de ces dispositions, qui est essentiellement de limiter le recours subrogatoire des caisses de sécurité sociale aux seules indemnités mises à la charge du responsable du dommage qui réparent des préjudices ayant donné lieu au versement de prestations. Il en résulte que la nouvelle rédaction de l'article L. 376 1 du code de la sécurité sociale n'impose de procéder à une évaluation distincte par poste que pour autant que le tiers payeur établit qu'il a versé ou versera à la victime une prestation indemnisant un préjudice relevant de ce poste ; par suite, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que les postes de préjudice ne donnant lieu au versement d'aucune prestation imputable fassent l'objet d'une indemnisation globale au profit de la victime (...).

En l'absence de dispositions réglementaires définissant les postes de préjudice patrimoniaux et personnels et les modalités d'imputation des prestations de sécurité sociale sur les indemnités mises à la charge du tiers responsable, il y a lieu, lorsque les circonstances de l'espèce font apparaître le versement de prestations correspondantes, de distinguer, à tout le moins, les postes de préjudice suivants :

a) Dépenses de santé : Ce poste peut notamment inclure les dépenses actuelles ou futures correspondant aux frais de soins et d'hospitalisation et aux frais pharmaceutiques et d'appareillage. Le recours des caisses de sécurité sociale est susceptible de s'exercer au titre des prestations ayant pour objet la prise en charge de tout ou partie de ces dépenses.

b) Frais liés au handicap : Peuvent notamment y figurer les frais de logement et de véhicule adaptés et les dépenses liées à l'assistance temporaire ou permanente d'une tierce personne pour les besoins de la vie quotidienne. Le recours de caisses peut s'exercer au titre des prestations ayant pour objet la prise en charge de tout ou partie de ces dépenses, notamment la majoration de la pension d'invalidité pour aide d'une tierce personne prévue à l'article R. 341-6 du code de la sécurité sociale.

c) Pertes de revenus : Il peut s'agir des revenus dont la victime a été ou sera privée en raison du dommage ainsi que des pertes de ressources subies par les ayants droit. Le recours des caisses peut s'exercer sur ce poste au titre des prestations ayant pour objet de compenser la perte de revenus, notamment les indemnités journalières mentionnées au 5° de l'article L. 321 1 du code de la sécurité sociale, la pension d'invalidité prévue à l'article L. 341 1 du même code, hors majoration pour tierce personne, ainsi que, pour les ayants droit, la pension de veuve ou de veuf prévue à l'article L. 342 1 de ce code.

d) Incidence professionnelle et scolaire du dommage corporel : Ce poste peut notamment inclure la perte d'une chance professionnelle, l'augmentation de la pénibilité de l'emploi occupé, les dépenses exposées en vue du reclassement professionnel, de la formation et de l'adaptation au poste occupé ou à un nouveau poste et la perte d'une pension de retraite. Le recours des caisses peut notamment s'exercer au titre des prestations prenant en charge les frais de formation et les frais de journée de reclassement professionnel mentionnés au 1° de l'article L. 321 1 du code de la sécurité sociale ainsi que les autres prestations en nature visées au 3° du même article.

e) Autres dépenses liées au dommage corporel : Il peut s'agir des frais de conseil et d'assistance et, pour les ayants droit, des frais d'obsèques et de sépulture. Le recours des caisses peut s'exercer sur ce poste à raison des prestations versées au titre de l'assurance décès, conformément aux dispositions de l'article L. 361 1 du code de la sécurité sociale.

f) Préjudices personnels : Ceux-ci peuvent faire l'objet d'une indemnisation globale sauf dans le cas, prévu au cinquième alinéa de l'article L. 376 1, où la caisse établit avoir effectivement et préalablement versé à la victime une prestation réparant de manière incontestable un préjudice ayant un tel caractère. Dans une telle hypothèse, il y a lieu de distinguer, pour la victime directe, les souffrances physiques et morales, le préjudice esthétique et les troubles dans les conditions d'existence, envisagés indépendamment de leurs conséquences pécuniaires et, pour les ayants droit, la douleur morale et les troubles dans les conditions d'existence. »



Cinquième table ronde

L'information relative à la santé

Le droit pour toute personne d'être informée sur son état de santé, d'abord affirmé par le juge judiciaire et administratif, a été consacré par la loi du 4 mars 2002 et constitue le préalable à un consentement éclairé. L'objectif de la table ronde est de répondre aux questions liées à l'étendue de l'information, aux éléments de preuve à la charge des parties et aux préjudices consécutifs à la méconnaissance de ce droit. Les débats porteront aussi sur les obligations des établissements de santé au regard tant de la tenue et de la communication du dossier médical des patients que du respect de la confidentialité.

Sommaire

Les intervenants	p. 252
Actes de la table ronde	p. 254
<i>1^{er} thème – Le contenu de l'information, ses enjeux éthiques et pratiques</i>	p. 256
<i>2^{ème} thème – La réparation du préjudice né d'un défaut d'information</i>	p. 266
Propos conclusifs	p. 278
Témoignages et échanges avec les participants	p. 279
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire	p. 282



Les intervenants

François Stasse

Conseiller d'État, président adjoint de la section sociale du Conseil État depuis 2008
Président de la table ronde

Diplômé de Sciences Po, François Stasse est docteur ès sciences économiques. Outre sa carrière au Conseil d'État, François Stasse a exercé les fonctions de directeur général de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (1989-1993) et de directeur général de la Bibliothèque nationale de France (1998-2001). De 2001 à 2007, il est assesseur à la section du contentieux du Conseil d'État au sein d'une sous-section particulièrement en charge du contentieux de la responsabilité hospitalière. En 2009 il est membre du groupe de travail du Conseil d'État chargé de la préparation de la révision de la législation de bioéthique. François Stasse a également été président de l'Agence nationale de recherches sur le SIDA (2005-2011).

Alain Cordier

Membre du Collège de la Haute Autorité de santé

Alain Cordier est inspecteur général des finances, vice-président du Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, membre du Comité consultatif national d'éthique. Il est nommé chargé de mission à la direction de la prévision au ministère des finances en 1983, conseiller technique au cabinet du directeur général de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) en 1986, directeur des finances en 1989, directeur général de l'AP-HP en 1993. Il est président du directoire de Bayard Presse en 1997 et président du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine de 2005 à 2008. Il est président du Conseil de la caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) de 2005 à 2009.

Marc Dupont

Directeur d'hôpital à l'AP-HP, chargé d'enseignement à l'université Paris V- Descartes

Ancien élève de l'École nationale de la santé publique (EHESP), Marc Dupont occupe les fonctions suivantes : attaché de direction à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (direction des finances, puis direction des affaires juridiques, 1990-1992) ; directeur adjoint de l'hôpital Saint-Louis (Paris, 1992-1997) ; directeur du département des droits du malade à la direction générale de l'AP-HP (1997-2003) ; chargé de mission à la mission interministérielle de lutte contre le cancer (2003-2005) ; adjoint au directeur des affaires juridiques de l'AP-HP depuis 2005. Il est chargé d'enseignement à la faculté de droit de l'université Paris V René Descartes, et est l'auteur de nombreux ouvrages de droit médical et hospitalier : « *Droit hospitalier* » (Dalloz, 8ème éd. 2011, avec C. Esper et C. Paire), « *Le décès à l'hôpital* » (éd. Doin, 3ème éd. 2007, avec A. Macrez), « *L'enfant, l'adolescent à l'hôpital* » (éd. Doin, 2002, avec C. Rey), « *Soins sous contrainte en psychiatrie* » (éd. Doin, 2004), « *L'assistance publique-hôpitaux de Paris* » (PUF, Que sais-je ?, 2ème éd. 2010).

Sophie Hocquet-Berg

Professeur à l'université de Metz

Sophie Hocquet-Berg, professeur de droit privé à l'université Paul Verlaine de Metz, a soutenu en 1995 à l'université de Paris XII une thèse de doctorat intitulée « *Obligation de moyens ou obligation de résultat en droit privé médical* » sous la direction de François Chabas. Elle consacre une grande partie de ses recherches au droit de la responsabilité médicale. Sur ce thème, elle a coécrit un ouvrage avec Bruno Py paru aux éditions Heures de France dans la collection « *Droit professionnel* » qu'elle dirige, ainsi que des études et notes de jurisprudence notamment publiées dans la revue dirigée par Hubert Groutel « *Responsabilité civile et assurances* » des éditions du Juris-Classeur.

Catherine de Salins

Déléguée aux affaires juridiques au ministère de la santé

Diplômé de Sciences Po, ancienne élève de l'École nationale d'administration, Catherine de Salins est nommée conseiller au tribunal administratif de Paris en 1984. Elle intègre, de 1990 à 1992, la direction générale de la concurrence de la Commission européenne à Bruxelles, avant d'être nommée, de 1992 à 1997, sous-directeur du droit communautaire et du droit international économique à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères. En 1997, elle devient rapporteur à la cour administrative d'appel de Paris et intègre en 2001 le Conseil d'État en qualité de maître des requêtes. En 2010, Catherine de Salins intègre le ministère chargé des affaires sociales où elle exerce successivement les fonctions de chargée de la mission de la délégation aux affaires juridiques puis, en 2011, de déléguée aux affaires juridiques. Catherine de Salins est aussi ancien rapporteur général de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), fonction qu'elle a exercée de 2004 à 2007. Elle a également été membre du groupe de travail sur le thème de « La délivrance de l'information aux personnes malades et usagers du système de santé », auprès de la Haute Autorité de santé (HAS).

Pierre Sargos

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

Pierre Sargos est président honoraire de la chambre sociale de la Cour de cassation. Il a d'abord exercé des fonctions de juge d'instruction, puis de magistrat au parquet et à l'administration du ministère de la justice. Il a été ensuite nommé conseiller référendaire, conseiller à la Cour de cassation et premier président de la cour d'appel de Rouen. Il a enfin présidé la chambre sociale de la Cour de cassation. M. Sargos a été membre de la Cour de justice de la République, du Tribunal des conflits, du Conseil de la concurrence et président du conseil d'administration du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. Il est l'auteur de nombreuses études, notes et chroniques dans des revues juridiques et ouvrages collectifs, essentiellement sur le Droit de la responsabilité médicale et des professions, du travail et de la sécurité sociale (notamment sur les points liés à la santé au travail) et des assurances. Dernier ouvrage publié avec Mme Bergoignan-Esper, « *Les grands arrêts du droit de la santé* », Dalloz, septembre 2010.



François Stasse

Conseiller d’État, président adjoint de la section sociale du Conseil d’État
Président de la table ronde

Notre sujet est l’information relative à la santé. Pourquoi ce sujet ? Pour une raison qui a très bien été rappelée par le représentant des associations de malades à la table ronde précédente, c’est que nous sommes proche du dixième anniversaire de la loi Kouchner du 4 mars 2002¹⁷⁸ qui a consacré un droit de toute personne d’être informée sur son état de santé. Cette loi n’est pas tombée du ciel, elle ne partait pas de rien, elle est le fruit d’une longue évolution mais qui n’a pas toujours réservé, c’est le moins que l’on puisse dire, une part aussi belle au respect et à l’autonomie du patient.

En évoquant le sujet, on ne peut pas ne pas partir du célèbre arrêt *Teyssier* du 28 janvier 1942¹⁷⁹ de la Cour de cassation, arrêt solennel et magnifique, à tel point que le recueil des *Grands arrêts du droit de la santé*, qui a été établi sous la responsabilité du président Sargos qui est à côté de moi et de Mme Esper, le place en première position, ce qui prouve toute son importance. Son importance est due pour l’essentiel à ce qu’il énonce que le chirurgien est tenu avant toute opération, sauf cas de force majeure, d’obtenir le consentement de son patient, et qui dit consentement du patient dit bien entendu que celui-ci a été préalablement informé de sa situation.

Mais pour bien montrer que la vie n’est pas un long fleuve tranquille, peu après cet arrêt, dont je rappelle encore une fois qu’il date de 1942, la première version du code de déontologie médicale résultant du décret du 27 juin 1947¹⁸⁰ est tout à fait muette sur les droits du patient à recevoir une information éclairée. Il consacre en quelque sorte par ce silence le savoir et l’autorité proprement *indiscutables* du médecin dans sa relation au patient.

Cette relation fortement asymétrique perdure pendant plusieurs décennies sur le plan juridique. Elle n’est compensée sur le plan humain ou philosophique que par une magnifique formule de mon second voisin, Alain Cordier, lui-même à l’école du philosophe Emmanuel Lévinas¹⁸¹ : la situation de « *l’homme couché* » oblige. Alain Cordier, aussitôt après cette brève introduction, y reviendra. Cette relation asymétrique demeure inchangée au moins jusqu’à la refonte du code de déontologie médicale par le décret du 28 juin 1979, puisque celui-ci indique que « *la volonté du malade doit être respectée, dans toute la mesure du possible* »¹⁸².

178 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. 179 Cass., 28 janvier 1942, DC 1942.63, *Parcelier c/Teyssier*.

180 Décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 portant code de déontologie médicale.

181 E. Lévinas. *Totalité et infini*, Livre de poche 1994 et *Autrement qu’être*, Livre de poche 1996. Voir aussi C. Pelluchon, *Lévinas et l’éthique médicale*. Cahiers d’études lévinassiennes, n° 9 - 2010 p. 239-256.

182 Formule empruntée aux auteurs d’une chronique parue à l’AJDA en 2009.

Mais ce n'est que plus de cinquante ans après l'arrêt *Teyssier* que le droit positif impose enfin un véritable devoir d'information du patient. En effet, par l'article 35 du décret du 6 septembre 1995¹⁸³ qui fixe la version actuelle du code de déontologie médicale, « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension* ». Cette disposition de l'article 35 est le préalable à celle de l'article 36 selon laquelle « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ».

L'obligation d'informer est enfin consacrée comme je l'ai indiqué tout à l'heure par la loi du 4 mars 2002. Le nouvel article L. 1111-2 du code de la santé publique fixe de manière très large les contours du droit à l'information et ne dispense les professionnels de leur obligation d'informer que dans trois cas : l'urgence, l'impossibilité d'informer ou la volonté du patient d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic, sauf si des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Dix ans après cette loi, qu'en penser ? Je crois que, de l'avis général, ce nouveau *corpus* a fait progresser les relations entre les médecins et leurs patients. Mais bien entendu, les principes ainsi définis ne pouvaient régler l'infinie variété des situations concrètes et de leurs enjeux juridiques. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a été conduite à préciser de nombreux aspects.

Cette loi, qui pose de nombreuses questions, a abordé elle-même de nombreux aspects. Dans le temps qui nous est imparti à cette table ronde, il nous sera impossible de traiter tous les sujets. Ainsi, nous vous proposons d'en traiter deux, ce qui n'interdira pas, bien entendu, lors du temps qui sera consacré au dialogue avec la salle, que soit soulevée telle ou telle question.

Le premier sujet que nous vous proposons porte sur le contenu de l'information et ses enjeux éthiques et pratiques. J'insiste sur l'aspect éthique, car je pense qu'il doit impérativement être abordé dans notre table ronde de ce matin. C'est la raison pour laquelle M. Alain Cordier, membre de la Haute Autorité de santé et du Comité national d'éthique, fera part de ses réflexions sur la mise en œuvre de ces dispositions législatives et en particulier de ses aspects éthiques. Puis, Marc Dupont, directeur d'hôpital et chargé d'enseignement à l'université Paris V, exposera quelles difficultés les établissements de santé rencontrent dans l'organisation pratique de cette information et notamment comment ils s'organisent pour prévenir les contentieux.

Le deuxième sujet que nous vous proposerons ensuite est relatif à la réparation du préjudice né du défaut d'information.

Les juridictions judiciaires et administratives ont évidemment, bien avant la loi de 2002, défini un certain nombre de principes d'indemnisation. Mais il y a eu des évolutions et des hésitations, je n'hésite pas à le dire, entre plusieurs voies :

- est-ce que le défaut d'information justifie une *indemnisation intégrale* de l'éventuel préjudice¹⁸⁴ ?

183 Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale.

184 Arrêt *Teyssier* précité ; CE, 17 février 1988, *CHR de Nancy*, n° 71974, inédit au Rec.



- est-ce que le défaut d'information fait *perdre au patient une chance* d'avoir échappé aux effets indésirables du soin prodigué¹⁸⁵ ?
- est-ce que le défaut d'information constitue en lui-même une *atteinte à la dignité* du patient, indemnisable même en l'absence de perte de chance¹⁸⁶ ?

Ce sont donc ces diverses approches qui méritent réflexion et Pierre Sargos, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, exposera les motifs et la portée de ces évolutions.

Catherine de Salins, déléguée aux affaires juridiques au ministre du travail, de l'emploi et de la santé, nous indiquera le bilan qu'elle tire de l'application de dix ans de dispositions légales et sa réflexion sur ce sujet.

Enfin, Sophie Hocquet-Berg, professeur à l'université de Metz, nous indiquera le regard que la doctrine, qu'elle représente ici, porte sur cette évolution jurisprudentielle.

La parole est à Alain Cordier.

1^{er} thème – Le contenu de l'information, ses enjeux éthiques et pratiques

Alain Cordier

Membre du Collège de la Haute Autorité de santé

N'étant pas juriste de formation, j'ai reçu la proposition qui m'a été faite d'intervenir ce matin comme une invitation à prendre avec vous un petit temps de questionnement éthique. Comme un chemin de traverse, un détour « philosophique ». Je vais me situer dans les interstices des règles écrites, là où le droit, comme vient de le souligner François Stasse, invite le médecin à tenir compte de la personnalité du patient, l'autorisant même à tenir le malade dans l'ignorance d'un diagnostic. Comment, dans le quotidien du soin et du prendre soin, répondre à l'exigence codifiée que chacun puisse être informé sur son état de santé, avoir accès aux informations concernant sa santé au point de pouvoir prendre une décision, être libre et éclairé dans son consentement ?

Quand nous nous attachons à vouloir la vérité pour un malade, quand nous affirmons le droit, pour tout malade, de savoir la vérité sur sa situation, quand, devenus malades, nous réclamons du médecin de tout savoir, quand médecin nous sommes tenus de dire toute la vérité à notre malade, quand, ami proche ou confident, nous voulons aider le malade à découvrir la vérité sur son état, que cherchons nous exactement ? Sommes-nous bien sûrs de ce dont nous parlons ?

185 Cass., 1^{ère} civ., 7 février 1990, pourvoi n° 88-14797, Bull. n° 39 ; CE, 5 janvier 2000, *Consorts T.*, n° 181899, Rec. p. 5.

186 Cass., 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13591, Bull. n° 128.



Il me semble que la piste à suivre ne réside pas seulement dans le souci de l'information exacte – je dis bien « seulement », car cette exigence de l'information est nécessaire à tout diagnostic et à toute thérapeutique, revendiquée de plus en plus par l'opinion publique, portée par le développement des outils numériques, pensée par les économistes de la santé quant à son impact sur la qualité des soins et leur coût, sans oublier, ce matin en particulier, qu'elle est requise par le droit.

La question première n'est peut-être pas « quelle est la vérité ? », mais « qu'est-ce que la vérité ? ». Un enfant nous dirait tout simplement : « c'est quoi la vérité ? », questionnant par là l'essence de la vérité, son sens, ce qui fonde l'idée même de vérité. C'est pourquoi je voudrais chercher devant vous du côté de l'herméneutique, parce qu'en médecine tout particulièrement, la vie vient aussi au jour en son mystère et sa surprise.

Le philosophe dit que la vérité d'humanité surgit dans la distanciation par rapport au seul souci d'être. J'adhère en effet à ce délogement du seul horizon ontologique où l'humain naîtrait de sa puissance et de sa persévérance à être, de son pouvoir, de son vouloir, de sa performance. J'adhère à cette vision de l'humain se révélant en son propre à l'instant même où le pas se détourne vers le souffrant, et quand le regard ne se détourne pas du plus faible.

Quand nous disons de quelqu'un qu'il est vrai, nous voulons manifester par là qu'il n'est pas dans le faux, dans ce qui sonne faux ! Et généralement nous reconnaissons en cette personne une attitude faite de cohérence, d'honnêteté, de sagesse, de qualité relationnelle, d'écoute d'autrui. Nous opposons l'esprit fermé et campé dans la suffisance de sa certitude, à l'esprit ouvert et dialoguant à la recherche d'un progrès commun. Le dialogue est vérité, la vérité naît du dialogue.

Cela veut dire que nous percevons quelque chose de la vérité dans l'ouverture à l'autre, dans le don, bref dans un amour désintéressé, une responsabilité suppléant la recherche du pouvoir pour le pouvoir. Nous dirons de quelqu'un de vrai que c'est un Juste, une femme ou un homme de responsabilité plus que de pouvoir.

« Vocation médicale de l'homme », disait lumineusement Emmanuel Lévinas, ce qui veut dire l'impossibilité de se dérober à l'appel du bien, et cela au prix même de la remise en cause de l'exercice de notre liberté autonome. Cela veut dire que le malade exprimant, parfois criant, sa souffrance signifie un appel à la responsabilité, une responsabilité incessible, un jamais quitte. Une responsabilité d'au-delà le seul devoir et le seul respect des règles de droit. La présence auprès du malade signifie « me voici, répondant de toi et de ta souffrance ».

A mes yeux, s'engager dans cette perspective, c'est précisément s'engager dans la réflexion éthique, dans le retournement des certitudes que provoque le visage de celui qui souffre. L'hôpital est un lieu d'humanité, parce que l'homme couché y oblige l'homme debout. La faiblesse oblige la force. Voilà bien la subversion éthique décisive ! La réflexion éthique est questionnement radical de nos pouvoirs et de nos certitudes !

C'est pourquoi la vie morale ne se vit pas dans la conformité faussement rassurante à un monde de principes. L'exigence du discernement éthique renvoie toujours aux interrelations entre le légal, le moral, l'autonomie du sujet, la conscience,



sans se réfugier trop vite dans des réglementations hâtives ou des déclarations péremptoires. Je note d'ailleurs que le mot grec *Iatros*, veut dire que l'art médical est l'art de celui qui soigne bien en méditant.

Cette observation me conduit à ce que j'essaye de nommer comme une inquiétude éthique. In-quiétude comme questionnement, par la responsabilité pour autrui, de toute quiétude, issue du pouvoir, de la certitude, de la compétence ou du droit.

En évoquant, comme je viens de le faire, le délogement de l'horizon ontologique, je ne fais pas, pour autant, le contresens de la mésestime de soi. La raison d'être donne sens et inspire une légitime lutte à vivre. La sûreté du geste clinique ou chirurgical participe d'un devoir premier de compétence. Il faut mesurer à sa pleine importance l'exigence de recourir aux procédures et aux recommandations, d'autant plus lorsque le risque est avéré d'un trop plein d'émotion ou d'une profusion de données informatives issues d'exams complémentaires.

Et l'information du malade participe bien de ce devoir de compétence. La HAS à sa manière y participe et y veille, avec le concours des associations de patients et des professionnels, en ayant publié depuis l'origine de nombreuses recommandations de bonne pratique. Nous venons de publier en mars dernier un guide de l'annonce d'un dommage associé aux soins, et nous prenons de plus en plus de soin à la rédaction des guides patients, notamment dans l'accompagnement des malades souffrant de maladies chroniques.

Mais l'acte médical et soignant, comme le droit, manqueront à leur objet s'ils ne sont pas « enveloppés » par une approche de l'homme qui nous dépasse tous. L'affirmation hautement souhaitable de l'autonomie de la personne malade ou du droit des malades, si elle ne devait s'exprimer qu'à l'intérieur de relations maîtrisables et quantifiables, ne résumerait pas le tout de ce qui se vit au chevet du malade. Le nombre et l'épaisseur des différentes recommandations de bonnes pratiques de la HAS, pour tenter malgré tout de tout penser dans les pratiques de communication avec le malade, en sont un signe tangible.

A mes yeux, la distanciation par rapport au seul horizon ontologique se déploie notamment dans la distinction fondamentale entre l'émission d'un message et sa réception, distinction bien répertoriée par les experts de la communication. C'est bien toute la différence entre accumuler des données et acquérir une connaissance, voire une compréhension, un discernement.

Asséner en bloc à un malade la certitude des données concernant sa maladie ne servira pas à grand chose au regard du temps dont ce malade aura besoin pour s'approprier l'annonce. Un malade me disait tout récemment combien le fait de n'avoir reçu une information que progressivement l'a aidé en réalité à mieux gravir pas à pas le chemin qu'il avait à vivre. Et à l'inverse, je me souviens des larmes d'un autre malade ayant été enjoint, sans doute un peu vite, de désigner une personne de confiance.

Il y a des malades qui ne posent pas de questions, mais qui pourtant attendent des réponses et en feront le meilleur usage. Il y à l'inverse des malades qui veulent savoir, mais qui ne veulent pas au fond d'eux-mêmes entendre les réponses et



qui ne les entendent pas. On connaît l'exemple de médecins devenus malades se refusant obstinément à entendre en profondeur le diagnostic de leurs confrères.

Il y a d'abord une question de compétence technique. Le médecin ou le soignant qui assènerait une moyenne statistique, en guise d'information – vérité arithmétique – oublierait tout simplement qu'en « vraie vie » les observations ne sont jamais des probabilités. Vérité scientifique d'un message, oui bien sûr – encore que la science trouve souvent son épaisseur et sa créativité dans le doute. Mais qui n'a pas été un jour surpris de devoir constater chez un malade une rémission plus longue que prévue, ou au contraire, une fin plus rapide qu'attendue ? Qui n'a pas été confronté à la douleur d'un corps, pourtant sain au regard des techniques d'investigation les plus sophistiquées ? Le vrai des chiffres financiers n'est pas nécessairement le juste d'une décision stratégique pour un dirigeant d'entreprise, la certitude scientifique des astrophysiciens ne rend pas vain le sens poétique du Petit Prince, la qualité d'une personne ne réside pas d'abord dans ses performances quantifiables.

Plus profondément, nous devons entrevoir que toute communication se confronte à la subordination du dire au dit, à ce qui sépare le mot tel qu'il se présente du mot qui se découvre et se comprend dans l'intériorité. Chacun de nous le sait en son intime, au moment précis où nous peinons à trouver les mots pour le dire. Lévinas écrivait : « *Aucun dit n'égale la sincérité du dire, n'est adéquat à la véracité d'avant le vrai, à la véracité de l'approche, de la proximité, par-delà la présence* ».

Mais cette subordination n'atteste pas une défaillance définitive du dire. La parole est à entendre non pas seulement dans les pleins du dit mais aussi dans les déliés. L'écoute en profondeur déchire le dit, un « dédire » s'arrache en quelque sorte au dit pour laisser vie au souffle fragile du dire. Le non dit est parfois une part importante du dire.

Il est d'ailleurs signifiant que la HAS préconise pour beaucoup la communication orale, ne se « contente » pas de la remise d'un document écrit et se distancie d'une signature contractuelle. Et je me plais à rappeler que la littérature devient création quand le lecteur se sent compris avant de comprendre... Charles Taylor a montré combien la prise en compte de l'intériorité chez un Saint Augustin « *aura des conséquences d'une portée incalculable pour toute la culture occidentale.* »

Allongé, l'homme invoque une espérance qu'il serait imprudent, voire dangereux, de traduire en mots définitifs. Parce que la durée de l'échange n'est pas la même, les mots d'un malade peuvent varier quand ils sont dits à un médecin, ou quand ils sont confiés à un soignant, ou quand ils sont murmurés à un proche. Et le dialogue du jour n'est presque jamais celui du soir ni encore moins celui de la nuit.

Il serait aussi grave d'asséner une vérité pour s'en débarrasser que de cacher une vérité pour s'en alléger.

On a dit que la médecine était la rencontre d'une confiance et d'une conscience. Cette rencontre est une exploration des confins, en prenant la longueur de temps d'aller jusqu'au dire du dit. La pratique médicale se déploie dans la narration. En sachant que le récit n'est pas seulement dans les mots, et qu'il se déploie aussi dans un silence, un regard, un geste. Tenir la tête d'un malade, toucher son corps,



serrer de façon insistante la main d'une épouse angoissée, voilà une gestuelle, qui fait passer quelque chose du dire et participe de la vérité, d'une information en vérité.

Un consentement éclairé exige en réalité beaucoup plus qu'un accord après lecture d'un formulaire administratif qui rendrait quitte en exonérant à bon compte juridique. C'est en réalité un lent cheminement, sur un chemin parfois très rocailleux, et souvent sinueux, avec un pas hésitant et tâtonnant. Et sur ce chemin, chacun est en quelque sorte convoqué à vivre en vérité sans se contenter d'avoir dit une vérité. Dans les guides de la HAS, le lecteur trouve en bonne place l'intelligence relationnelle, la délicatesse et l'empathie, comme tout autant requises que peuvent l'être les rigueurs scientifique et clinique qui président au diagnostic ou à l'engagement thérapeutique.

Il convient en particulier de souligner la place éminente du temps dans la communication, et combien une communication réussie s'inscrit souvent dans une certaine durée, une durée certaine. Le temps est bien un passage – il n'est pas le seul – pour mieux laisser venir au jour le dire. Dans le guide d'annonce d'un dommage associé aux soins, la HAS par exemple rappelle que l'annonce peut s'inscrire dans la durée : « *l'annonce d'un dommage est envisagée comme l'une des premières étapes d'un dialogue dans le temps ; un processus continu et non pas un point isolé dans la relation soignant-patient.* » Cela comporte des exigences organisationnelles et engage un choix de priorités dans les arbitrages budgétaires – voire une remise en cause radicale de modes de tarification de l'activité exclusivement fondés sur le quantitatif.

Il est notamment un devoir impérieux de savoir prendre la longueur de temps d'une confrontation de points de vue – au sens du point d'où je vois – entre les différentes compétences professionnelles en leur pluriel – d'où l'importance première que la HAS accorde et accordera de plus en plus à la qualité d'une médecine de parcours, et à l'excellence de la coordination entre tous les intervenants. En commençant par prendre en compte la compétence des proches et des accompagnants, celle de la personne de confiance, celle surtout, en propre, du malade.

Car la première des compétences est celle du malade, toujours. Il est parfois surprenant d'entendre parler quelques « biens portants » peu avares d'affirmations sûres à propos de ce qu'ils feraient si eux-mêmes étaient confrontés à la maladie du malade observé ; ils oublient tout simplement qu'ils ne sont pas malades. Le médecin ou le soignant ou les proches ne font que s'approcher de la souffrance du malade, ils ne l'éprouvent pas et ne vivent pas l'enfermement dans le corps. Il faut d'ailleurs noter que nul ne sait mieux parler à un malade qu'un autre malade atteint de la même maladie ou l'ayant surmontée. Les meilleurs services savent laisser cette place essentielle au dialogue entre malades.

En se confrontant à la loi commune, sans pour autant se dérober à leur responsabilité en propre, il est également un devoir impérieux pour les médecins et soignants, celui de savoir s'asseoir, pour confronter l'épreuve de sa propre expérience à celle des autres, faire le clair dans les tensions psychiques criantes ou latentes, bénéficier de l'avis de quelques référents.



Ces réflexions me conduisent à une première orientation. Le questionnement éthique conduit à tenir vraie la nécessité absolue de considérer à titre premier la place de sujet de la personne malade, de reconnaître ses droits, sa citoyenneté, sa « majorité » dans la conduite de tout diagnostic et de toute thérapeutique. Aucune personne ne peut être considérée comme un objet passif de soins, d'autant plus lorsque sa vulnérabilité tend à fragiliser toutes certitudes décisionnelles.

Une seconde orientation me semble tout autant fondamentale. Si le malade a toujours son mot à dire, cela signifie que son expression et son attente seront d'autant plus premières que le temps de l'information et du dialogue sera suffisamment long et profond pour que les confins de son dire puissent venir au jour.

Cela revient à refuser de réduire la vérité humaine d'un malade à la vérité scientifique de sa maladie, notamment au moment où l'humain se révèle davantage dans l'émergence de son histoire que dans la convergence de ses cellules. Dans le mot latin *communicare*, la racine importante est *mun*, que l'on retrouve dans *communauté*. Le latin *munus* a à voir avec le don. Lévinas indiquait : « *exiger qu'une communication ait la certitude d'être entendue, c'est confondre communication et savoir, effacer la différence, méconnaître la signification de l'un-pour-l'autre en moi* ».

Parce que la souffrance est une rupture qui dérange absolument tout ordre établi de certitudes et de canons usuels de beauté et de dignité, il s'agit de creuser sans cesse le dit de la connaissance pour chercher le dire de l'amour, la vérité venant au jour dans la fission de l'ego, l'ouverture à l'autre. C'est ainsi que le soin et le prendre soin, appuyés solidement sur la compétence – premier devoir –, sauront continuer d'engager sans fuite possible l'humanité en son propre.

François Stasse

Conseiller d'État, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État
Président de la table ronde

Merci beaucoup pour ces fortes paroles qui sont, certes, un peu en marge de nos débats juridiques habituels, mais qui éclairent les juristes que nous sommes d'une manière très profonde, j'en suis sûr.

Marc Dupont

Directeur d'hôpital à l'AP - HP, chargé d'enseignement
à l'université Paris V – René Descartes

il est difficile de parler après Alain Cordier, surtout lorsque l'on doit parler des enjeux pratiques et éthiques de l'information médicale. J'aborderai donc ce sujet non pas comme juriste, mais plutôt comme responsable hospitalier, observateur des questions d'information dans les établissements de santé.

Jusqu'à une période récente, l'information médicale – c'est-à-dire celle donnée aux étapes successives du parcours thérapeutique par le médecin hospitalier à son malade ou à son entourage – était considérée comme l'affaire des seuls médecins. Toute entremise, toute initiative de l'Administration hospitalière en la matière eût été jugée incongrue. Celle-ci se serait en effet immiscée dans un domaine

naturellement réservé, le médecin ayant seul la légitimité – en responsabilité et conscience, et à sa discrétion – d’assurer les différents éléments d’une information constituant un volet essentiel de son art¹⁸⁷. Il s’agissait également là d’une composante incontestée de l’indépendance professionnelle¹⁸⁸.

En quelques années, une évolution a manifestement eu lieu. L’information médicale est un sujet de réflexion et de préoccupation partagé désormais en partie par les médecins et les gestionnaires.

En premier lieu, les responsables hospitaliers, cadres dirigeants des hôpitaux et des cliniques, n’ont pu se désintéresser, alors que leur gestion était toujours davantage mesurée à la qualité des prestations rendues, des exigences nouvelles des patients et usagers. Celles-ci se sont notamment traduites par une proportion importante de réclamations et de doléances venant contester une information selon le cas négligente, désinvolte, non cohérente, insuffisante et, *in fine*, non professionnelle. Ce qui était toléré antérieurement ne l’était plus. L’information indigente ou inappropriée est devenue progressivement inacceptable et jugée, pour les soins comme pour les autres activités de service, comme une défaillance du service rendu. Les récriminations concernant l’accès au dossier médical qui ont été prises en compte par la loi du 4 mars 2002 en ont été emblématiques¹⁸⁹.

Par ailleurs, du fait de l’évolution de la jurisprudence, et comme cela sera mentionné par d’autres intervenants de notre table ronde, le défaut d’information est désormais à l’origine de préjudices indemnisables. Les enjeux budgétaires pour les hôpitaux sont certes encore marginaux, mais ils existent. Et davantage peut-être que les condamnations indemnitaires, les décisions de justice condamnant les établissements, les argumentaires des plaignants venant pointer de mauvaises pratiques professionnelles sont autant de mauvais points pour la réputation des équipes médicales et, au-delà, pour celle des établissements.

Surtout, issu d’exigences plus structurées, relayées par la puissance publique, tout un *corpus* de lois et règlements s’est mis en place pour encadrer de façon concrète les modalités de l’information médicale. Selon le cas, ce *corpus* précède, se surajoute ou complète des dispositions inscrites au code de déontologie médicale.

187 V. notamment l’art. 35 du code de déontologie médicale : « *Le médecin doit à la personne qu’il examine, qu’il soigne ou qu’il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu’il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension (...)* » (art. R. 4127-35, C. santé publ.).

188 Art. 5 du code de déontologie médicale : « *Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit* » (art. R. 4127-5, C. santé publ.). Ce principe de l’indépendance professionnelle du médecin est de portée législative (CE, 20 avril 1988, Rec. 146). Il figure ainsi à l’art. L. 62-22 du code de la sécurité sociale et constitue même un principe général du droit (TC, 14 février 2000, Bull. Tr. Conflits n° 2). Le Conseil national de l’Ordre des médecins a de même souligné que « *L’indépendance du médecin est rarement contestée - tant il est naturel et semble évident que le médecin agisse et décide selon sa conscience pour soulager, guérir, prévenir (...)* » (Commentaires du code de déontologie médicale, 2001, p. 53). Citons encore l’article L. 6143-7 du code de la santé publique, qui précise que le directeur de l’établissement public santé « *exerce son autorité sur l’ensemble du personnel de l’établissement dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s’imposent aux professions de santé, des responsabilités qui sont les leurs dans l’administration des soins et de l’indépendance professionnelle du praticien dans l’exercice de son art* ».

189 Sur l’ensemble de la question, on lira utilement C. Kouchner, A. Laude, D. Tabuteau (sous la dir.), Rapport sur les droits des malades 2007-2008, Partie 1, L’accès au dossier médical, Presses EHESP, 2009.



Sans souci d'exhaustivité, cinq exemples me semblent chacun à leur manière éclairants pour illustrer cette évolution.

Tout d'abord, des procédures de certification s'imposent désormais à l'ensemble des établissements de santé. Elles constituent une « procédure externe d'évaluation »¹⁹⁰, conduite par la Haute Autorité de santé, obligatoire pour l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins. Elles placent au premier plan les obligations d'information. L'actuel manuel de certification de la Haute Autorité de santé y consacre plusieurs critères spécifiques d'évaluation, notamment sous les intitulés : « *Information du patient sur son état de santé et les soins proposés* », « *Information du patient en cas de dommage lié aux soins* » et « *Accès du patient à son dossier* »¹⁹¹. Des experts-visiteurs sont chargés dans ce cadre de s'assurer sur pièces et sur place de la réalité et de la qualité de l'information donnée.

En cas de dommage imputable à une activité de soins, que le dommage soit réel ou résulte de la seule appréciation de l'intéressé, l'établissement ou le professionnel de santé est tenu par ailleurs d'en informer le patient ou son représentant légal, dans un délai de 15 jours et dans le cadre d'un « entretien individuel », conformément à l'art. L. 1142-4 du code de la santé publique. Ce texte souvent méconnu des professionnels témoigne de la volonté de transparence et de loyauté exprimée par la loi du 4 mars 2002. L'exigence d'information pesant sur les professionnels de santé est ici particulièrement élevée et va bien au-delà des obligations qui s'imposent dans d'autres circonstances à d'autres métiers : le médecin est tenu de systématiquement porter à la connaissance du patient ou des ayants droit, de sa propre initiative, les dysfonctionnements liés aux soins ayant causé préjudice et auxquels il aura souvent de près ou de loin contribué.

La loi prévoit depuis 2002 une obligation pour l'établissement ou le professionnel de communiquer sur demande les informations médicales relatives à la santé du patient, sous 8 jours¹⁹². L'établissement est garant de la communication du dossier médical¹⁹³. On notera que la demande d'accès aux informations doit être adressée, au sein d'un établissement de santé, non pas au médecin ou à l'équipe médicale, mais « *au responsable de (l')établissement ou à la personne qu'il a désignée à cet effet et dont le nom est porté à la connaissance du public par tous moyens appropriés* »¹⁹⁴.

Des bonnes pratiques sur la délivrance de l'information médicale ont été établies par l'ANAES (devenue HAS), en mars 2000¹⁹⁵. Ces bonnes pratiques font l'objet d'une homologation prévue par la loi¹⁹⁶.

Enfin, en application d'une mesure phare du Plan national de lutte contre le cancer 2003-2007, le code de la santé publique rend à présent obligatoire en cancérologie l'organisation d'un dispositif d'annonce¹⁹⁷ et la remise au patient d'un *programme*

190 Art. L. 6113-3, C. santé publ.

191 HAS, Manuel de certification des établissements de santé V2010, critères 11.a, 11.c et 14.b.

192 Art. L. 1111-7, C. santé publ.

193 Art. R. 1112-1, C. santé publ.

194 Art. R. 1111-1, C. santé publ.

195 ANAES, *Information des patients*, Recommandations destinées aux médecins, 2000

196 Art. L. 1111-2, C. santé publ.

197 Art. R. 6123-88, C. santé publ.



personnalisé de soins (PPS), faisant suite à une concertation pluridisciplinaire. La mesure n° 8 de l'actuel Plan Alzheimer « 2008-2012 » prévoit un dispositif comparable, documenté par des recommandations spécifiques de la Haute Autorité de santé¹⁹⁸. Sur ces pratiques qui nécessitent tact et justesse, des textes de référence et des procédures à valeur de normes encadrent désormais la liberté du praticien. Il ne s'agit probablement que d'un commencement.

L'historien du droit et des « mentalités » nous dira un jour pourquoi, en quelques années, la nécessité d'un changement des pratiques et attitudes des médecins dans leurs relations avec leurs patients a été ressentie si vivement que la loi et le règlement ont été à de si nombreuses reprises appelés en appui.

Le gestionnaire hospitalier, s'il mesure les inconvénients d'une carence d'information médicale pour la bonne marche de son établissement, n'est pas insensible aux arguments des praticiens, qui soulignent que l'information des malades est un exercice particulièrement difficile à l'hôpital.

Elle y est en effet complexe, notamment parce que sont en jeu les malades les plus graves et la médecine de spécialité. L'information n'est ici pas seulement celle d'un consommateur, même si cet aspect doit être pris en considération. Elle comprend le diagnostic et le pronostic graves, les précisions données sur les bénéfices et les risques, mais également l'explication du déroulé d'une investigation, des précautions à prendre au retour à domicile... sans parler de l'information sur les coûts. Une grande partie de l'information est constituée de l'annonce des mauvaises nouvelles : ce que le patient n'a pas envie d'entendre.

Cette information est par ailleurs délivrée à des publics « difficiles » : patients très âgés et *désorientés*, patients non francophones, nécessitant selon le cas l'intermédiaire de personnes de confiance et d'interprètes (l'AP-HP rémunère environ 11 500 heures d'interprétariat par an dans près de 75 langues). Les cancérologues évoquent fréquemment des patients tétanisés par la prise de connaissance de leur maladie et dans l'incapacité d'entendre.

Enfin, elle est collective, orale, disséminée ou fragmentée entre de nombreux professionnels et entre différentes équipes : en cancérologie pour reprendre cet exemple, au gré du parcours thérapeutique, le patient pourra être amené à rencontrer successivement le radiologue, le radiothérapeute, l'oncologue, le chirurgien, sans oublier le rôle du médecin traitant en ville.

Le constat des difficultés rencontrées ne justifie pas l'immobilisme, mais bien au contraire, la mobilisation des professionnels.

L'amélioration des « pratiques informatives » requiert à l'évidence une organisation de l'information, compte tenu du contexte qui vient d'être indiqué de médecine collective.

L'information doit être professionnelle, n'en déplaise à ceux qui pointent le risque d'une délivrance de l'information mécanique et déshumanisée. Elle doit être technique, au sens où elle gagne à s'appuyer sur les méthodes élémentaires de

198 HAS, Maladie d'Alzheimer et maladies apparentées : annonce et accompagnement du diagnostic, Recommandations de bonnes pratiques, 2009.



la communication, par des preuves concrètes de l'information donnée, en cas de litige. La tentation est forte de glisser vers des formes de médecine « notariale », pour reprendre une expression prisée en son temps par le professeur Bernard Glorion.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la capacité illimitée de la loi et du règlement à promouvoir des pratiques « vertueuses ». Autrement formulé, est-il à présent raisonnable de réglementer davantage, sauf à le dénaturer, le « colloque singulier » qui est également une composante importante d'une bonne prise en charge médicale ?

François Stasse

*Conseiller d'État, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État
Président de la table ronde*

Avant de passer à notre second sujet, je me tourne vers les autres participants à la table ronde, et en particulier vers Mme Catherine de Salins. Nous avons entendu d'abord le philosophe nous expliquer qu'il y a le dit et le non dit, que le consentement est un cheminement, ce n'est pas « signer un papier en bas à droite », puis le responsable hospitalier a souligné qu'il y a une réglementation et que si on ne la respecte pas, le juge est là pour sanctionner le non respect de la réglementation.

Alors est-ce qu'après dix ans de loi Kouchner, la responsable juridique du ministère de la santé estime que nous avons trouvé un point d'équilibre satisfaisant entre deux points de vues aussi légitimes l'un que l'autre : le point de vue du philosophe et le point de vue du responsable hospitalier.

Catherine de Salins

Déléguée aux affaires juridiques au ministère de la santé

Le sentiment du ministère est que, précisément, le point d'équilibre n'est pas atteint et que dix ans, au fond, par rapport aux exigences que pose la loi, surtout lorsqu'on les relit à la lumière de ce qu'a exposé très bien et très justement Alain Cordier, c'est extrêmement court. Dix ans, c'est à peine le temps de former un spécialiste. Déjà, le temps de se rendre compte de tout ce que cette information représente et exige, avant d'adopter le comportement adéquat, est très long. Précisément, l'année 2011 a été proclamée par le ministère « année des patients et de leurs droits » et a donné lieu à la réalisation d'enquêtes et de sondages qui ont révélé, d'abord, que les patients, majoritairement, ne connaissent pas leurs droits. C'est là la première difficulté. La seconde, c'est que si majoritairement les professionnels de santé connaissent les obligations ou en tout cas les grandes lignes de leurs obligations, ils ne savent pas ce qu'il y a derrière. Cela révèle alors un problème d'information et de formation. Je rejoins tout à fait ces éléments là.

Les exigences en matière d'information évoluent, les techniques évoluent et donc les défis aussi. L'idée serait donc de passer plutôt par une formation initiale – sans doute très concrète, et non un simple cours magistral dans un amphithéâtre – et une formation continue relevant de la formation tout au long de la vie.

2^{ème} thème – La réparation du préjudice né d'un défaut d'information

François Stasse

*Conseiller d'État, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État
Président de la table ronde*

Je propose maintenant que nous passions à notre second sujet, qui je le rappelle est une réflexion sur la réparation du préjudice né d'un défaut d'information. Je laisse le soin au président Pierre Sargos d'introduire ce thème.

Pierre Sargos

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

M. le président, vous avez cité au début de votre intervention l'arrêt *Teyssier* du 28 janvier 1942¹⁹⁹. La date est à méditer puisque c'était une période de ténèbres absolues en Occident. Cet arrêt est le premier à avoir affirmé qu'il y a des droits du malade et que méconnaît ces droits le chirurgien qui pratique une intervention à risque sans avoir recueilli le consentement éclairé par l'information du patient.

Cet arrêt ne s'est pas borné à cette proclamation, il a aussi tranché la question de la réparation, du manquement au devoir d'information.

On parle de devoir d'information, y compris dans le titre, mais je me demande si ce n'est pas une certaine explication d'une dérive. L'information existe en effet dans de nombreux autres domaines. J'ai été frappé par le programme d'un colloque auquel je dois participer dans quelques jours, colloque universitaire animé par le professeur Denis Mazeaud sur l'information de différents professionnels : information du banquier, information du franchiseur, de l'avocat, du vendeur, du médecin. Mais s'agissant du médecin, on a je crois dévalorisé le problème de l'information.

Qu'est-ce que l'information en matière médicale ? Il s'agit de la question fondamentale du consentement. On ne peut pas porter une atteinte, fût-elle à visée thérapeutique, à la personne humaine sans avoir recueilli le consentement éclairé par l'information, hors les cas qui vont de soi d'urgence ou d'impossibilité... Et je regrette qu'une facilité de langage et d'écriture dans des arrêts fasse parler de « manquement à l'information ». Non, ce n'est pas le manquement à l'information, c'est le manquement au devoir de recueil du consentement éclairé par l'information.

La chambre des requêtes de la Cour de cassation énonce dans l'arrêt *Teyssier* : « attendu que la Cour [la Cour d'appel de Bordeaux] a déclaré que l'opération de l'ostéosynthèse, pratiquée sans le consentement du malade, a été à l'origine des accidents infectieux et de la gangrène qui a nécessité l'amputation de l'avant-bras du malade ; que de cette constatation souveraine, la Cour a pu déduire que le fait illicite commis par le chirurgien [donc l'opération sans consentement éclairé], sans lequel ce dommage ne se serait pas produit [je vous invite à méditer cette phrase, qui caractérise dans le droit de la causalité l'équivalence des conditions], en était la cause génératrice ».

199 *Grands arrêts du Droit de la santé*, C. Bergoignan-Esper et P. Sargos, Dalloz 2010, n° 85, p. 421s.

Mais si l'arrêt *Teyssier* reposait sur le fondement délictuel²⁰⁰, sa doctrine a été confirmée sur le fondement contractuel par l'arrêt *Michel* rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 11 février 1986²⁰¹.

C'était une affaire dans laquelle s'était réalisé un risque de paralysie faciale inhérent à une intervention et la cour d'appel n'avait accordé que le préjudice moral. Il y a eu cassation, en des termes aussi didactiques que l'arrêt *Teyssier* sur le fondement délictuel. Le président Ponsard, pour lequel j'ai toujours eu une très grande admiration, qui en tout cas a exercé une très grande influence sur ma pratique et ma déontologie de juge de cassation, présidait cette formation. Cet arrêt casse en ces termes : « *la survenance du dommage dont il était demandé réparation constituait la réalisation du risque qui aurait dû être signalé et avait été la cause exclusive du dommage et que la responsabilité des deux médecins était engagée pour l'intégralité du préjudice subi* ». Le Conseil d'État en 1988 avait la même position²⁰².

1. Les étranges arrêts de revirement du 7 février 1990 et du 6 décembre 2007

Alors pourquoi est-on passé à la perte de chance ? J'ai appelé mon intervention « vingt ans de jurisprudence erratique » ; effectivement l'errance a commencé avec l'arrêt *Jugnet* du 7 février 1990²⁰³ qui, brutalement, alors qu'on était à un demi-siècle pratiquement de réparation intégrale, passe sur le terrain de la perte de chance. C'était une affaire concernant un risque d'atteinte de la vue qui s'était réalisé, mais la cour d'appel de Dijon n'avait accepté de réparer que le préjudice moral²⁰⁴. La victime a fait un pourvoi en cassation, et on aurait pu s'attendre à une cassation puisque moins de 4 ans avant il y avait eu l'arrêt *Michel*. Pourtant, le pourvoi fut rejeté, au motif qu'en manquant à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, le praticien l'a seulement privée 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.

C'est un revirement majeur, qui est pour moi un mystère même maintenant. Bien entendu, j'ai essayé de rechercher pourquoi on avait fait ce revirement. Le rapport annuel de la Cour de cassation est muet²⁰⁵ alors que, sur la question de la perte de chance, le rapport 1970/1971 avait des développements très intéressants, mais n'évoquait pas l'information. Et vous savez que c'est le Conseil d'État qui a inventé la perte de chance en matière médicale avec l'arrêt *Hôpital-hospice de Voiron* de 1964²⁰⁶ ; et la Cour de cassation l'a ensuite suivi et développé notamment à partir de 1965 avec l'arrêt *Petit* et suivants. En tout cas, rien dans le rapport annuel de 70/71 n'évoquait la perte de chance en matière d'information.

200 C'est-à-dire sur le fondement de l'art. 1382 du code civil.

201 Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 84 10845 .Bull n° 24.

202 CE, 17 février 1988, *CHR de Nancy*, n° 71974, inédit au Rec.

203 Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 88-14797 ; Bull n° 39.

204 CA Dijon, 9 septembre 1987, n° RG 1163/86.

205 On peut noter que les rapports annuels ont pris soin de s'expliquer par la suite systématiquement sur tous les revirements intervenus en matière médicale, par ex. sur la charge de la preuve de l'information (cf. rap.1997, Doc. Fr p.271), ce qui ne rend que plus surprenant le « silence » du rapport 1990 sur l'arrêt *Jugnet*.

206 CE, 24 avril 1964, *Hôpital-hospice de Voiron*, n° 61278, Rec. p.259.

J'ai donc consulté le dossier, ce qu'on appelle le dossier « résidus ». Il n'y a rigoureusement aucun élément qui permette de comprendre pourquoi on est passé à la perte de chance. Le mémoire ampliatif n'évoque même pas la jurisprudence. Le mémoire en défense pas davantage. On n'a ni le rapport du conseiller rapporteur ni même les conclusions de l'avocat général.

Pour quelle raison ce revirement a été fait alors qu'il faut qu'il y ait une raison valable ? Je pense qu'en réalité, c'est un revirement « accidentel » dû à un enchaînement de facteurs liés à l'absence du président et d'un magistrat spécialisé dans le droit de la responsabilité médicale. L'arrêt *Jugnet* est donc pour moi un « accident ».

Alors sur le fond, j'essaie d'imaginer quelles sont les raisons qui ont pu permettre de passer à la perte de chance. Mais même avec la meilleure volonté du monde, je n'y arrive pas parce que l'orthodoxie du droit de la causalité telle qu'analysée par l'arrêt *Teyssier* et l'arrêt *Michel*, c'est la réparation intégrale avec la théorie de l'équivalence des conditions. Il n'y a pas un risque d'indemnisation au-delà du préjudice parce que si vous prenez l'arrêt *Teyssier*, vous vous rendez compte que la cour de Bordeaux avait tenu compte des conséquences normales de la fracture -son incapacité- pour ne réparer que le « surplus » résultant de l'amputation.

Sur le plan du respect de la personne humaine, je m'interroge aussi. Quelle est la légitimité de donner à un juge la faculté divinatoire, voire arbitraire, en tout cas sans aucun fondement éthique, de décider à la place du malade, *a fortiori* lorsqu'il est mort ou dans un état végétatif, que s'il avait été informé du risque, il aurait accepté de le courir.

Ce qui est aussi frappant en droit comparé, c'est l'évolution de la Chambre des Lords. Jusqu'en 2004, elle était très parcimonieuse sur la réparation du défaut d'information. Elle a fait un revirement majeur par l'arrêt du 14 octobre 2004 *Chesterc/Afshar* qui est analysé dans les *Grands arrêts du droit de la santé*²⁰⁷ avec cette observation que statuer sur ce terrain de l'appréciation de ce qu'aurait fait le malade s'il avait été informé, c'est finalement vider l'information, vider l'exigence du consentement éclairé de toute portée.

En tout cas, il y avait au minimum le maintien du préjudice moral, qui avait encore été « confirmé » par un arrêt de 2006²⁰⁸, mais avec l'arrêt de décembre 2007²⁰⁹, même ce préjudice tombe. Je ne reviendrai même pas sur cet arrêt qui est scandaleux, parce qu'il anéantit purement et simplement l'effectivité du droit fondamental au recueil du consentement éclairé²¹⁰.

207 *Grands arrêts du Droit de la santé*, C. Bergoignan-Esper et P. Sargos, Dalloz 2010, n° 91, p 449.

208 Cass., 1^{ère} civ., 27 juin 2006, pourvoi n° 05-13753, Inédit au Bull.

209 Cass., 1^{ère} civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 061930, Bull n° 380.

210 Selon la formule de l'arrêt du 9 octobre 2001 (Cass., 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14564, Bull. n° 249 ; Rap. Ann. Cass., 2001, p 421), le devoir d'information trouve son fondement « dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ».



2. Les arrêts du 11 mars et du 3 juin 2010 et le retour encore insuffisant aux droits du malade

Il y a eu un « remord actif » avec des arrêts récents, dont on a parlé un peu hier, du 11 mars 2010 et du 3 mars 2010. L'arrêt du 10 mars 2010 offre la possibilité de « compléter » l'indemnisation au titre de la perte de chance par le recours à l'ONIAM. L'arrêt du 3 juin 2010²¹¹ a eu l'immense mérite de revenir sur l'arrêt de décembre 2007.

Le bilan de ce « remord actif » est-il satisfaisant ? Je n'en suis pas certain. Le rapport annuel de 2010 commente longuement et intelligemment cet arrêt²¹² et conclut ainsi « Cette jurisprudence nouvelle, prolongeant l'arrêt Teyssier, rappelle ce que recouvre à la fois la faute d'humanisme du médecin vis-à-vis du patient, et le droit qu'a le patient de conserver la maîtrise de sa destinée ». Je me félicite de ce retour au fondement délictuel de l'arrêt Teyssier et à la fin de l'aberration juridique et éthique de l'arrêt du 6 décembre 2007.

Mais pour autant je n'ai pas le sentiment que le nouveau système issu de ces deux arrêts soit satisfaisant, par rapport à la lumineuse simplicité des arrêts Teyssier, Michel et Chester/Afhar. Finalement le « vice » de l'arrêt Jugnet reste avec la perte de chance.

Dans le nouveau système, il y a une « usine à gaz procédurale », il ne faut pas se le cacher. La victime qui veut être totalement indemnisée devra penser à aller devant l'ONIAM puis engager une action judiciaire contre le médecin au titre du manquement au devoir d'information.

D'autre part, je m'interroge quand même sur le point de savoir s'il est tout à fait légitime que la solidarité nationale, au-delà des interprétations plus ou moins contorsionnée des textes, intervienne dans un cas où a été commise une faute majeure de manquement à l'exigence fondamentale de recueil du consentement éclairé.

Je crois qu'il y a une autre objection qui me paraît toucher davantage à l'éthique, c'est-à-dire le risque d'accroître ce que j'appelle la « tentation de la face nord ». La « tentation de la face nord », c'est pour les grands alpinistes l'attrait de la voie la plus dangereuse, parce que c'est la plus noble. Pour un chirurgien, ce n'est pas, et je suis toujours dans l'hypothèse où il n'y a pas d'autre faute, son choix de la technique ou de la thérapie qu'il met en œuvre : c'est le choix d'une méthode plus « moderne », plus « valorisante », mais comportant des risques particuliers qu'une autre méthode possible n'a pas.

Dans l'affaire Teyssier, « la face nord », c'était l'ostéosynthèse qui était d'apparition relativement moderne, à l'époque, par opposition à la technique surannée et « vieux papa » de l'appareillage plâtré, mais qui ne faisait pas courir - du moins beaucoup moins - le risque de gangrène qui s'est réalisé.

211 Cass., 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13591, Bull. n° 128 (rapport annuel 2010 de la Cour de cassation).

212 Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, La documentation française, p.396 à 399. Un arrêt plus récent du 6 octobre 2011 (pourvoi n° 10-21241) a repris la même formulation que celui du 3 juin 2010.

Dans l'affaire de l'arrêt du 11 mars 2010, le choix de « la face nord » aurait pu être le choix d'une technique opératoire qui faisait appel à une virtuosité chirurgicale plus valorisante qu'une autre plus frustrée.

Si le choix unilatéral par un praticien - en dehors de toute faute - d'une technique présentant plus de risques ne comporte même plus pour lui le risque de voir sa responsabilité engagée au titre du manquement à l'exigence du consentement éclairé, que devient la fonction préventive de la responsabilité ?

Je crois à la fonction préventive du droit de la responsabilité lorsqu'elle rejoint l'exigence de respecter l'autonomie, la dignité de la personne humaine.

Il faut fondamentalement que le droit de la réparation ait, dans l'interprétation qu'on lui donne, une dimension de prévention, afin d'éviter que le dommage ne se produise.

La formule sur laquelle s'achève le rapport annuel 2010, déjà cité, concerne l'ambition « *qu'a le patient de conserver la maîtrise de sa destinée* » : que devient-elle ?

Finalement, au terme de ces vingt ans de jurisprudence que je qualifie « d'erratique », je pense que la seule solution raisonnable serait de revenir à la réparation intégrale en cas de manquement à l'obligation de recueil du consentement éclairé, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elle doive reposer uniquement sur les praticiens.

François Stasse

*Conseiller d'État, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État
Président de la table ronde*

Merci beaucoup, M. le président, pour ce propos très stimulant. Je donne à présent la parole à Catherine de Salins.

Catherine de Salins

Déléguée aux affaires juridiques au ministère de la santé

En consacrant solennellement le droit à l'information du patient, la loi du 4 mars 2002 a voulu permettre le plein exercice d'un autre droit du patient qu'elle affirme aussi, le droit au consentement exprès aux soins qui lui sont proposés, dans la mesure où ce n'est pas impossible. Pour reprendre les termes employés lors des travaux parlementaires, le but a été de modifier en profondeur la relation entre le patient et le médecin, pour faire du premier un acteur de sa santé, un partenaire des professionnels de santé.

Le droit à l'information inhérent au respect de la dignité de la personne humaine s'est donc imposé comme une condition du consentement éclairé. Il contribue incontestablement à l'atteinte de cet objectif, la reconnaissance claire, forte et désormais constante par les deux ordres de juridiction, dans le cadre de leur jurisprudence sur la responsabilité médicale, du droit à l'information du patient pour permettre son consentement exprès et comme concourant au respect de la dignité de sa personne. Y concourt également le fait que les deux ordres



de juridiction font peser la charge de la preuve de cette information sur les professionnels de santé, ainsi que l'engagement de la responsabilité de son auteur ou de l'établissement au sein duquel il exerce, lorsque ce droit n'a pas été respecté.

Cette appréciation très favorable de la jurisprudence en matière de responsabilité, en cas de non respect du droit à l'information, s'étend-t-elle à la limitation du préjudice à la perte de chance d'échapper à un dommage corporel ?

Le ministère chargé de la santé dont je me permets d'être aujourd'hui la porte-parole s'en accommode très bien et ne demande pas, contrairement à ce qui a pu être exposé tout à l'heure, de retour à ce que le défaut d'information se traduise par une indemnisation intégrale de l'ensemble du préjudice subi, ni même à ce que se développe une jurisprudence qui autonomiserait un préjudice résultant du non respect du droit à l'information par rapport à la survenance d'un dommage corporel.

Cette position ne tient en aucun cas à des considérations financières, elle est inspirée par une appréciation différente de la meilleure façon d'atteindre l'objectif poursuivi par le législateur et par le Gouvernement.

Il n'est pas contestable, et cela a été exprimé tout à l'heure, que la loi n'est pas totalement ni suffisamment bien appliquée en matière de droit à l'information du patient et du recueil du consentement exprès. Mais la loi n'a pas créé un droit opposable à l'information du patient, elle ne dit pas que le patient est informé ou bien il est indemnisé, comme cela a pu être le cas dans le cadre d'autres politiques publiques.

L'objectif de la loi a été et demeure de modifier en profondeur la relation du patient avec le médecin et de ne plus laisser le premier passif dans sa prise en charge médicale comme c'est bien souvent le cas, mais d'en faire un acteur participant à la prise des décisions qui le concernent plus que de se les voir ou laisser imposer.

Certes, la loi laisse au juge une totale marge d'appréciation de la définition du préjudice qui peut résulter du non respect du droit à l'information ou du droit au consentement exprès. Elle laisse alors une place à la reconnaissance d'un préjudice autonome dès lors que le consentement exprès du patient n'a pas été recueilli ou n'a pas été éclairé. Mais est-ce la bonne façon de la mettre utilement en œuvre ?

Le ministère est convaincu que ce n'est pas une judiciarisation des relations patient-médecin et encore moins une judiciarisation de ces failles qui feront s'améliorer cette relation comme voulu par le législateur ni progresser le droit à l'information du patient.

La relation patient-médecin est une relation complexe et la modifier prend du temps, nous l'avons déjà un peu évoqué. Le premier élément de la difficulté d'évolution, c'est que le patient ne connaît pas encore bien ses droits alors même que la loi a presque dix ans. J'ai évoqué tout à l'heure le résultat de ce sondage qui faisait apparaître que moins de la moitié des patients sont informés de leurs droits.

Un autre élément qui révèle cette ignorance des droits, pour ceux qui ont traité le contentieux de la responsabilité médicale, c'est que bien souvent lorsqu'un patient



engage un contentieux, il n'évoque pas la violation de son droit à l'information. Très souvent, c'est l'expertise qui le révèle, c'est-à-dire qu'au travers des pièces du dossier, l'expert se rend compte que le patient n'a pas été informé d'un risque lié à un acte ou un soin qui lui a été dispensé ou de l'existence d'un traitement alternatif pour lequel il aurait pu opter. Ce n'est qu'à la suite de l'expertise, dans le cadre de la procédure contentieuse, qu'est évoqué le défaut d'information du patient.

Même lorsqu'il connaît son droit à être informé, le patient est parfois encore réticent à vouloir jouer ce rôle actif que la loi lui a imparti. Informé de ce qu'il est atteint d'une pathologie qui exige des soins, pour ne pas dire assommé par cette information, il a parfois la tentation de s'en remettre en toute confiance au professionnel de santé. Il veut bien être informé de son état de santé mais ne souhaite pas toujours discuter des différents types de soins possibles, ni même en savoir trop sur les effets secondaires du traitement. Il n'a finalement parfois qu'une hâte, atteindre l'étape suivante qui est la guérison ou la rémission.

Il convient ainsi de faire d'abord acte de pédagogie auprès du patient. Le médecin est sans doute l'un des mieux placés pour jouer ce rôle. C'est d'ailleurs une des priorités que la mission des usagers - une des structures du ministère - a fixé afin de promouvoir les droits du patient dans le cadre de cette année 2011.

La deuxième difficulté tient, je l'indiquais tout à l'heure, à ce que les médecins ne savent pas toujours en quoi consistent les droits du patient dont ils connaissent pourtant l'existence. Il faut donc là aussi développer à leur égard des actions d'information et de formation. De ce point de vue, il serait sans doute prématuré de sanctionner trop systématiquement et trop lourdement un professionnel qui n'aurait pas été accompagné dans cette démarche d'évolution de sa relation avec le patient.

Il ne faut pas perdre de vue que l'information à délivrer est extrêmement variée et vaste alors que le temps que le professionnel et le patient passent ensemble est parfois court. Le médecin doit informer le patient de son état de santé, des différents types de soins qui peuvent lui être proposés lorsqu'un choix est possible, de leur caractère nécessaire ou non, des risques que certains de ces soins peuvent comporter mais aussi des contraintes qu'ils peuvent impliquer, comme la durée du traitement, les effets secondaires, les changements qu'ils peuvent impliquer dans les conditions de vie, les conséquences de ne pas y recourir... Il doit aussi lui délivrer des informations qui relèvent plus de l'information du consommateur, le coût des actes, le lieu où il peut recevoir ces soins.

Le médecin doit non seulement le dire mais il doit aussi en garder une trace pour pouvoir en justifier en cas de contentieux. Il doit aussi laisser du temps, ça a été très bien expliqué par Alain Cordier, au patient pour intégrer toutes ces informations et puis, face à la masse des informations qu'il lui délivre, il doit aussi pratiquer la pédagogie de la répétition car il n'est pas certain que le patient les entende toutes, qu'il le veuille ou non.

Ceux qui ont eu à connaître d'un dossier contentieux dans lequel était en débat la question de déterminer si les exigences d'information posées par la loi avaient ou non été respectées par le médecin, ont pu se rendre compte de la difficulté de



l'exercice et de l'importance du dit et du non dit. Il y a aussi tout ce que les pièces du dossier ne peuvent pas révéler de la relation et de l'être qui peut s'instaurer dans la relation, de la communication qui ne passe pas forcément non plus par le dire.

Au regard de ces exigences très fortes, le ministère est convaincu qu'une meilleure application de la loi et la modification de la relation patient-médecin passent par d'autres mesures que la possibilité d'une indemnisation civile systématique par le juge d'un défaut d'information.

Ces mesures commencent par la formation initiale et continue des praticiens à l'information du patient. Elles se traduisent d'ores et déjà par des recommandations pratiques, notamment celles de la Haute Autorité de santé en la matière.

Si une première recommandation a été homologuée par le ministère en 2004-2005, de nouveaux travaux de réécriture de cette recommandation ont été entamés en 2008 et, à ma connaissance, ils n'ont pas encore abouti. Ce serait vraiment un des exercices à poursuivre parce qu'effectivement, les exigences ayant évolué, les pratiques aussi, la recommandation doit aussi être adaptée.

Ce peut être aussi en lien avec les ordres concernés, la diffusion de guides pratiques, ainsi que la mise en lumière de bonnes pratiques qui ont cours, leur reconnaissance et leur diffusion, toutes démarches entreprises en 2011 dans le cadre de l'année des patients et de leurs droits.

C'est aussi à quoi sert le guide de l'annonce du dommage de la Haute Autorité de santé ou encore d'un guide à destination des patients pour les informer de leurs droits que la mission des usagers prépare en lien étroit avec le Défenseur des droits.

Il convient aussi d'être conscient que cette relation pourrait être au contraire déformée par une crainte trop forte du praticien, ou de l'établissement, d'une action en justice ou d'une condamnation pécuniaire même en l'absence de dommage corporel. La dérive, à laquelle a donné lieu dans un premier temps l'application de la loi du 4 mars 2002, et qui consistait, par crainte d'être poursuivi devant les tribunaux, à faire signer au patient un document pour attester qu'il avait bien reçu l'information prévue par la loi, l'a montré.

Ces démarches, loin d'avoir amélioré la relation patient-médecin et le respect dû au patient qu'en attendait le législateur les ont tués et les ont tués encore plus sûrement que ne le ferait le silence de la loi.

Pour autant, le ministère ne prône pas l'impunité juridictionnelle totale en cas de non respect des droits des patients. La jurisprudence sur la perte de chance d'échapper à un dommage corporel, à défaut d'information et de consentement, est déjà lourde de conséquences.

Le ministère considère aussi que, pour être moins prestigieux, un ordre de juridiction qui a été mentionné tout à l'heure dans son propos introductif par le président Dutheillet de Lamothe peut apporter une sanction plus appropriée aux manquements à cette obligation que celle de la juridiction civile ou administrative de droit commun, ou même la juridiction pénale. Il s'agit des juridictions ordinales, chargées de veiller au respect de leurs obligations professionnelles par les



praticiens. Elles sont déjà saisies, mais relativement occasionnellement, de cette question. Et elles paraissent mieux à même de définir une sanction appropriée, tout en permettant à l'Ordre des médecins de tirer les conséquences de ces manquements, éventuellement de prendre des mesures positives sur l'organisation de la profession ou sur des recommandations à lui adresser afin d'y remédier.

Pour résumer ce propos, je dirais que, de même qu'on ne change pas la société par décrets, phrase qui n'exclut pas la nécessité du décret mais souligne ses limites, on ne changera pas la relation patient-médecin par des condamnations indemnitaires systématiques, du moins pas après seulement dix ans d'application de la loi.

François Stasse

Conseiller d'État, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État
Président de la table ronde

Merci de cette intervention. Mme le professeur Hocquet-Berg, vous avez beaucoup réfléchi, écrit à ce sujet, donc nous vous écoutons avec grand intérêt.

Sophie Hocquet-Berg

Professeur à l'université Paul Verlaine de Metz

Le sujet qui m'a été confié par les organisateurs de ce colloque est vaste et le temps qui m'est imparti est court. J'irai donc à l'essentiel, en vous faisant part de mon point de vue d'universitaire sur l'évolution récente de la jurisprudence en matière de réparation du préjudice né d'un défaut d'information médicale.

Comme cela a déjà été rappelé, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a récemment jugé, dans un arrêt rendu le 3 juin 2010²¹³, que « *le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était due, un préjudice, qu'en vertu de l'article 1382 du code civil, le juge ne peut laisser sans réparation* ». Elle a ainsi rompu radicalement avec sa jurisprudence antérieure qui excluait la réparation d'un préjudice spécifique consécutif à un défaut d'information²¹⁴. Pour ma part, je pense que cette position doit être pleinement approuvée, même s'il faut bien admettre qu'elle soulève un certain nombre d'interrogations qui ne doivent pas être occultées.

1. Une position méritant d'être approuvée

Contrairement au président Pierre Sargos, je ne considère pas que la solution consistant à réparer l'entier préjudice corporel du patient dont le consentement n'a pas été éclairé soit convaincante. Avec une telle analyse, le devoir d'information apparaît instrumentalisé pour compenser les effets d'une responsabilité que le législateur a fondé sur la faute et non sur la réalisation des risques.

En revanche, je crois aussi que le recours à la perte de chance née d'un défaut d'information sur un risque qui s'est réalisé conduit à une réparation, sinon purement théorique, du moins très aléatoire. En effet, concrètement, la théorie

213 Cass., 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13591, Bull. n° 128.

214 Cass., 1^{ère} civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19301, Bull. n° 380.

de la perte de chance aboutit trop souvent à exclure toute indemnisation, dans la mesure où les juges du fond retiennent fréquemment, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, que, dûment informé, le patient n'aurait pas refusé l'acte médical, compte tenu de sa nécessité et de l'absence d'autre alternative thérapeutique.

L'une et l'autre de ces positions reposent, en réalité, sur un contestable mélange des genres, puisque le juge est invité à examiner les conséquences de la violation d'un devoir éthique sur la survenue de lésions corporelles, alors que celles-ci n'en résultent pas. En effet, il n'existe qu'un lien de causalité très indirect entre le défaut d'information et les lésions corporelles causées par l'acte médical. La circonstance qu'un accident médical se soit produit apparaît même fortuite au regard de la façon dont le consentement du patient a été préalablement recueilli.

La décision du 3 juin 2010 consacre la réalité d'un préjudice autonome : celui qui est né du manquement aux devoirs d'humanisme qui incombent aux professionnels de santé et qui ont été rappelés par la loi du 4 mars 2002²¹⁵. Ce faisant, la 1^{ère} chambre civile tire enfin les conséquences du lien qu'elle a elle-même établi entre l'information médicale et le principe du respect de la personne humaine énoncé par l'article 16 du code civil²¹⁶. Il faut donc féliciter la Cour de cassation d'avoir considéré que la réalisation d'un acte médical, au mépris des devoirs d'humanisme qui s'imposent à tout médecin, cause un préjudice en soi, indépendamment des lésions corporelles subies par le patient.

Restent à envisager les interrogations que cette position soulève et qu'il ne faut pas occulter.

2. Des interrogations à ne pas occulter

La position retenue par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 3 juin 2010 pose un certain nombre de questions. J'en relèverai ici trois séries.

Les premières tiennent au sens et à la portée de la solution que la Cour de cassation a adoptée dans cet arrêt. Ces zones d'ombre devront être éclairées par la 1^{ère} chambre civile, dans ses décisions à venir.

Bien que le pourvoi ait fait explicitement état d'un préjudice moral, la 1^{ère} chambre civile n'a pas repris ce qualificatif dans sa décision. S'agit-il, comme l'ont suggéré certains auteurs²¹⁷, d'un préjudice d'impréparation découlant de la brutalité du choc subi du fait de l'annonce du risque réalisé, sans que le patient y fût psychologiquement préparé ou s'agit-il, de façon plus novatrice, de la consécration d'un droit subjectif à être préalablement informé des risques inhérents aux actes médicaux proposés, dont la seule violation constitue en elle-même un préjudice réparable²¹⁸ ?

Le non-respect du droit d'être informé donne-t-il nécessairement droit à réparation, quelles qu'aient été les incidences de l'acte médical sur l'intégrité corporelle du

215 C. santé publ., art. L. 1111-2 et suiv.

216 Cass., 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14564, Bull. n° 249.

217 M. Penneau, note D. 1999, p. 48. V. égal. M. Bacache, D. 2008, p. 1908 ; P. Jourdain, RTDC 2010 p. 571.

218 V. S. Hocquet-Berg, Gaz. Pal. 1998, 2, doct. 1121 ; S. Porchy, D. 1998, chron. 379.



patient ? Autrement dit, un droit à réparation sera-t-il reconnu à ceux qui, exposés à leur insu aux risques du traitement médical, ont eu la chance d’y échapper ? Il peut paraître curieux d’admettre qu’un patient bien portant et bien soigné puisse rechercher la responsabilité du médecin qui l’a peut-être sauvé, mais sans l’avoir au préalable correctement informé des risques qu’il encourait...

La réparation de ce préjudice moral se cumule-t-elle avec celle destinée à compenser le dommage corporel découlant de la commission d’une faute technique ou de la réalisation d’un aléa médical ? Ce n’est pas seulement une partie de la réparation du dommage corporel qui serait mise à la charge de l’ONIAM en cas de défaut d’information²¹⁹, mais sa totalité. Les dommages étant de nature différente, rien ne s’oppose à ce qu’ils soient réparés distinctement et donc cumulativement.

Dans l’hypothèse où il serait établi que, dûment informée, le patient aurait peut-être renoncé à l’acte médical, pourrait-il prétendre à une indemnisation au titre de la perte de chance d’échapper aux lésions corporelles ? Dans son arrêt rendu le 3 juin 2010, la 1^{ère} chambre civile Cour de cassation n’a pas explicitement condamné le raisonnement fondé sur la perte d’une chance. Or, à partir du moment où il est admis que le dommage né d’un défaut d’information et celui représenté par la perte de chance sont de nature différente, leur réparation doit pouvoir là aussi se cumuler.

Les deuxièmes concernent la position des juges du fond qui devront concrètement appliquer cette solution. On sait que ces derniers disposent d’un très large pouvoir d’appréciation en matière de constatation et d’évaluation du dommage, le contrôle de la Cour de cassation étant limité en ce domaine, et même exclu en ce qui concerne le chiffrage de l’indemnisation accordée à la victime.

Comment les juges du fond vont-ils concrètement évaluer le montant des dommages-intérêts qu’il convient d’allouer à une victime dont le préjudice est né d’un défaut d’information ? Que représente, en terme de dommages-intérêts, le dommage découlant du fait de ne pas avoir été informé d’un risque médical ? Dans un récent jugement, le tribunal de grande instance de Metz a évalué à la somme de 2 000 € le préjudice découlant du défaut d’information du risque d’une hystérectomie totale, liée à une intervention pratiquée sans faute imputable au praticien dans le déroulement de l’opération ou dans le suivi-postopératoire, pour lequel la demanderesse réclamait une somme de 50 000 €²²⁰. Pour l’instant, il règne une grande incertitude sur les éléments à prendre en compte pour chiffrer le *quantum* du préjudice.

Quels peuvent être d’ailleurs les repères des juges du fond, dès lors que la plupart d’entre eux et des avocats sont hostiles à la « barématisation » des dommages ou même au recours à un référentiel d’indemnisation ? En l’absence de contrôle de la Cour de cassation, n’existe-t-il pas un fort risque de disparité entre les décisions, certains considérant – prenant toutefois garde à ne pas le dire sous peine d’encourir une cassation inéluctable – que la réparation doit être symbolique, d’autres continuant à l’évaluer au regard des lésions corporelles subies par le demandeur ?

219 En ce sens, Cass., 1^{ère} civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11270, Bull. n° 63.

220 TGI Metz, 29 septembre 2011, n° RG 07-3983.



Les juges du fond peuvent-ils décider, sans risque d'être censurés, que le défaut d'information n'a généré aucun préjudice ? Les termes de l'arrêt du 3 juin 2010 paraissent exclure une telle solution. Pourtant, il a toujours été admis que l'absence de préjudice relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²²¹. Certains juges ne vont-ils pas considérer qu'en l'absence de réalisation du risque de lésions corporelles, le défaut d'information n'a pas causé de préjudice au patient tandis que dans le même temps, d'autres vont juger, en des circonstances identiques, qu'il est à l'origine d'un préjudice moral ?

Les troisièmes concernent la position du Conseil d'État qui examine, sur le fondement de mêmes textes issus de la loi du 4 mars 2002, les demandes en réparation des dommages causés dans le secteur public de la santé.

Faisant évoluer sa jurisprudence dans un sens conforme à celle de la Cour de cassation²²², le Conseil d'État retient que le juge administratif doit fixer la fraction du dommage mise à la charge de l'hôpital à raison de la perte de chance résultant pour le patient de ce manquement au devoir d'information. Admettra-t-il désormais l'existence d'un préjudice moral autonome que le juge administratif ne peut laisser sans réparation ? Si le Conseil d'État devait persister à n'envisager le défaut d'information que sur le fondement sur la perte d'une chance, il en résulterait une divergence de position entre les deux ordres sur une question posée en des termes identiques et fondée sur les mêmes textes du code de la santé publique.

Pour l'heure, le Conseil d'État persiste à considérer que « *le défaut d'information ouvre droit à réparation lorsqu'il a eu pour conséquence la perte par le patient d'une chance d'échapper, en refusant de subir l'acte qui lui était proposé, au dommage qui a résulté pour lui de la réalisation d'un risque de décès ou d'invalidité* »²²³ et les juridictions inférieures ne semblent pas prêtes à l'inciter à franchir le pas. Ainsi, dans une décision rendue le 23 décembre 2010²²⁴, la cour administrative d'appel de Lyon a-t-elle refusé d'allouer une indemnisation aux ayants droit d'un patient qui avait subi une coronographie ayant provoqué une ischémie du membre inférieur droit dont l'évolution avait nécessité trois amputations successives. Tout en constatant que le patient n'avait pas été informé de ce risque exceptionnel mais connu, la cour a jugé que cette faute n'engageait pas la responsabilité du service public. En effet, après avoir relevé qu'il n'existait aucune alternative thérapeutique moins risquée que l'opération réalisée, la cour d'appel en a déduit que, même informé, le patient y aurait consenti, de sorte qu'il n'a perdu aucune chance d'échapper au dommage qui s'est réalisé.

Puisque cette journée est consacrée au bilan de la loi du 4 mars 2002, dont les aspects positifs ont été à juste titre salués, il me semble que cette divergence potentielle de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction met cependant en évidence l'un de ses aspects négatifs. Comment pouvait-on, en effet, ne pas imaginer qu'en confiant aux deux ordres de juridiction le rôle d'appliquer un régime de responsabilité désormais unifié, on n'aboutirait pas un jour à un tel écueil ?

221 Cass., Ch. mixte, 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-14397, Bull. n° 5.

222 CE, 5 janv. 2000, *consorts T.*, n° 181899, Rec. p. 5.

223 CE, 2 juillet 2010, *Mme Delaballe et autres*, n° 323885, inédit au Rec.

224 CAA Lyon, 23 décembre 2010, n° 09LY01051.



N'eut-il pas été préférable, comme en matière d'accidents de la circulation, de confier à un seul ordre de juridiction l'examen des accidents médicaux ? Aurait été ainsi évitée une probable divergence d'interprétation qui ne facilitera pas la tâche des assureurs de responsabilité ou encore des CRCI qui, jouant le rôle de « guichet unique », sont chargées de faciliter le règlement amiable des dommages médicaux subis tant à l'hôpital public qu'en secteur libéral.

Propos conclusifs

François Stasse

Conseiller d'État, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État
Président de la table ronde

Merci beaucoup. Tous ceux qui ont l'habitude des colloques savent que les bonnes tables rondes sont celles où il y a de francs désaccords. Et bien, nous sommes servis ce matin, donc c'est très bien !

Je voudrais à présent m'adresser directement à la salle. Puisque nous venons d'être très sympathiquement interpellés, nous autres membres du Conseil d'État, par un des membres de la table ronde, je me tourne vers ceux qui ont la pratique la plus habituelle des problèmes de responsabilité hospitalière pour leur demander : compte tenu du revirement de jurisprudence de la Cour de cassation de l'année dernière, sur le sujet dont nous parlons, comment envisagent-ils la suite des choses, sans engager naturellement la section du contentieux ? Je ne sais pas si M. Chauvaux, par exemple, souhaite intervenir ?

Témoignages et échanges avec les participants

Témoignage de Didier Chauvaux, président de la 5^{ème} sous-section du contentieux du Conseil d'État – Effectivement, le Conseil d'État tient évidemment le plus grand compte des évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ces questions. Il l'avait fait en 2000 pour suivre l'arrêt, dont on nous dit aujourd'hui qu'il était malheureux, de 1990, donc en acceptant une réparation sur le terrain de la perte de chance en cas de défaut d'information, et en sortant de la logique antérieure qui était donc celle de la Cour de cassation jusqu'en 1990 et du Conseil d'État jusqu'en 2000, consistant à dire que s'il y avait défaut d'information, c'était une réparation intégrale, donc en sortant d'une logique de tout ou rien. Effectivement nous sommes très intéressés par le dernier revirement du 3 juin 2010. On a parlé d'OVNI tout à l'heure à propos de l'arrêt de 1990, j'avoue qu'à la lecture de l'arrêt du 3 juin 2010, j'ai moi aussi un peu l'impression d'être confronté à un OVNI dont je vois mal la portée exacte, les tenants et les aboutissants. En fait, il y a deux questions très simples. L'arrêt affirme que le seul fait qu'on n'ait pas informé le patient entraîne un préjudice qui « ne peut pas rester sans réparation » sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Un élément intéressant de contexte, c'est qu'apparemment le patient dans ce cas n'avait pas le choix parce qu'il y avait une intervention impérieuse et une absence d'alternative thérapeutique, donc en réalité dans ce cas là il n'y avait pas de perte de chance. A partir de cette donnée, on peut comprendre assez bien les choses : le patient avait normalement droit à quelque chose au titre de la perte de chance. Dans ce cas précis, la perte de chance était nulle, mais on pouvait concevoir qu'il existait néanmoins un préjudice « d'impréparation », ce qui signifiait que le patient aurait pu, si on lui en avait parlé, et même si cela avait dû occasionner une angoisse inutile jusqu'à l'intervention, prendre des dispositions, éventuellement se préparer à ce qui risquait d'arriver. Donc je comprend que l'on peut maintenir la problématique de la perte de chance et que, dans le cas particulier où le dommage est survenu dans des conditions telles qu'il n'y avait pas de choix pour le patient et donc aucune perte de chance, il puisse néanmoins y avoir réparation d'un préjudice d'impréparation.

Mais j'ai l'impression que la situation peut être analysée différemment, que le principe de la réparation de la perte de chance peut être abandonné au profit exclusif de la réparation d'une sorte de préjudice moral ou de préjudice résultant du fait qu'on n'a pas accompli une obligation morale.

Cette situation me paraît complètement paradoxale, car elle revient à dire que si l'on n'a pas parlé au patient d'un risque, on a porté atteinte à l'autonomie de sa volonté. Dans ce cas, si aucun accident ne se produit, le patient aurait néanmoins droit à une réparation pour n'avoir pas été informé du risque encouru. Inversement, celui qui par exemple subirait une simple opération de chirurgie esthétique sans avoir été informé d'un risque de tétraplégie, et qui deviendrait tétraplégique des suites de l'opération, n'aurait également droit qu'à la réparation du préjudice moral lié à l'atteinte à l'autonomie de sa volonté. Rien ne conduirait à évaluer le préjudice moral différemment dans un cas ou dans un autre. Je ne conçois donc pas le paradoxe de ces situations diamétralement différentes, traitées néanmoins

de la même façon si l'on estime que seul un préjudice moral a été subi et qu'il doit logiquement être évalué de la même façon dans les deux cas.

Dès lors, je serais personnellement plus séduit par le retour à l'arrêt Teyssier, c'est-à-dire à une réparation intégrale. S'il y a véritablement un dommage corporel, on le répare intégralement. Mais je pense que si, en 1990, la Cour de cassation pour des raisons qui ne sont peut être pas bien éclairées par ce qui est resté dans le dossier, a évolué à partir de cette position, c'est quand même pour des raisons de fond. Cela expliquerait aussi que le Conseil d'État l'ait suivi en 2000. Il est vraiment très difficile dans le cas où un risque, non évoqué, se réalise, d'aller systématiquement vers une indemnisation intégrale sans s'interroger sur le point de savoir si le patient avait une possibilité objective, raisonnable, de refuser l'intervention.

On ne peut pas traiter de la même manière ces deux situations et la logique du tout ou rien, en fait, faisait que les sanctions judiciaires du défaut d'information étaient excessivement rares. Je crois que s'il n'y avait pas eu l'évolution de 1990 et celle de 2000 du Conseil d'État, on ne serait pas en train de parler de ces problèmes d'information du patient. C'est parce qu'on a accepté de moduler la réparation en fonction des circonstances précises, des possibilités de choix effectifs du patient, qu'il y a eu plus de condamnations à des dommages-intérêts, que le monde médical et hospitalier a commencé à évoluer et que le législateur lui-même a introduit une disposition qui a vraiment fait évoluer les choses. Rétrospectivement, je ne regrette pas trop d'avoir recommandé à la section du contentieux en 2000 de suivre l'arrêt de 1990.

Sophie Hocquet-Berg •

Je voudrais juste apporter un petit élément de réponse même si la jurisprudence de la Cour de cassation va être précisée. L'idée qu'il s'agit d'un préjudice d'impréparation est une hypothèse : la Cour de cassation n'emploie pas cette expression. L'impréparation, résultant de la brutalité de l'annonce d'un risque qui s'est réalisé, n'est peut-être pas le préjudice que la Cour de cassation a entendu réparer. Peut-être s'agit-il d'un autre préjudice, comme celui découlant de la seule atteinte du droit du patient d'être préalablement informé des risques encourus par la réalisation d'un acte médical ?

De même, je ne suis non plus certaine que le recours à la perte de chance soit désormais exclu en cas de manquement du médecin à son devoir d'informer. Dans l'arrêt rendu le 3 juin 2010, le patient n'avait perdu aucune chance car les juges du fond avaient considéré, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, que dûment informé, il aurait accepté l'intervention chirurgicale. Toutefois, cela ne signifie pas que la Cour de cassation n'admettra pas, dans d'autres circonstances de fait, la réparation du préjudice né du défaut d'information et celle de la perte de chance d'échapper aux lésions corporelles.

Pierre Sargos •

Je voudrais tout simplement livrer quelques observations à la suite de ce que vous venez de dire. Je pense que s'il n'y avait que très peu d'affaires sur la question du non recueillement du consentement éclairé par l'information, c'est tout simplement parce que ce n'est qu'en 1997 qu'on est passé à l'inversion de la charge



de la preuve, qui a été confirmée par le législateur en 2002. Avant, c'était rarissime, c'est pour cela qu'il y avait peu d'arrêts. L'arrêt *Michel* était atypique, parce qu'ici la preuve avait été apportée par les parents de l'enfant qu'il n'y avait eu aucune information.

Témoignage de Frédérique Dreifuss-Netter, conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation – *Je regrette l'absence du président Charruault qui aurait été plus à même que moi de préciser la portée de cet arrêt. Je ne sais pas exactement l'évaluer pour le futur et je rejoins mon ancienne collègue, Sophie Hocquet-Berg, sur le nombre de problèmes qu'il pose et que nous serons amenés à régler au fur et à mesure. Il s'agit en effet de jurisprudence et non pas d'un obiter dictum, et régler une question ne revient pas à régler l'ensemble des problèmes qui vont survenir dans le futur.*

Mais ce que je peux peut-être évoquer, c'est ce qui ne ressort pas de cet arrêt. Certains de ses commentaires en ont, à mon avis, dépassé sa portée comme le fait de dire que nous avons définitivement abandonné la jurisprudence sur la perte de chance lorsque les juges ont estimé que le patient, s'il avait été correctement informé, aurait peut être refusé l'intervention. Je ne me prononce pas sur l'avenir mais en tout cas, pour le moment, nous avons rendu de nombreux arrêts depuis l'arrêt du 3 juin 2010 qui montrent que nous n'avons pas abandonné la jurisprudence sur le préjudice résultant d'une perte de chance. Ce que nous avons dit, c'est qu'il y avait un préjudice autonome, et je suis aussi tout à fait d'accord encore une fois avec Sophie Hocquet-Berg, que c'est un préjudice qui pourrait se décliner comme préjudice d'impréparation, même si nous ne l'avons pas dit non plus.

Alors peut être que si on pouvait faire un parallèle, si j'avais eu à le commenter, je dirais que c'est un peu comme dans le préjudice résultant de l'atteinte à la vie privée, c'est-à-dire qu'il y a une sorte de droit subjectif du patient à être informé pour pouvoir donner un consentement éclairé et que la violation de ce droit est en soi un préjudice.

Question générale – *En psychiatrie, un juge devra rencontrer tout malade hospitalisé sans son consentement dans un délai de deux mois après son admission. Comment peut-il recueillir l'avis du malade ? Comment apprécier le degré d'information fournie au malade et ce qu'il en a compris ?*

Marc Dupont •

Il m'est difficile de répondre immédiatement à cette question difficile, qui fait suite à la récente loi du 5 juillet 2011 sur les soins psychiatriques. Elle pose comme vous le savez de redoutables difficultés aux administrations hospitalières, mais aussi aux magistrats, pour que soient respectés les libertés et droits des personnes. Le droit à l'information est ici aussi un point essentiel, et il concerne en psychiatrie des personnes extrêmement vulnérables.



Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire

Le médecin a été soumis à une obligation d'information de son patient par la jurisprudence puis par plusieurs dispositions législatives et réglementaires ; cette information étant un préalable à un consentement éclairé. Ce devoir est aussi énoncé par des conventions internationales et la Cour européenne des droits de l'homme. La loi du 4 mars 2002 a notamment affirmé le droit de toute personne d'être informée sur son état de santé.

- Une obligation jurisprudentielle

En 1942, la Cour de cassation a affirmé que le respect de la personne humaine imposait au praticien, avant de pratiquer une opération, d'obtenir le consentement de son patient et qu'il devait l'informer de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir, de ses conséquences possibles et du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives (Cass, req., 28 janvier 1942, *Parcelier c/Teyssier*, DC 1942). Elle a ensuite progressivement précisé les contours de l'obligation d'information et notamment retenu que le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient trouvait son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine (Cass., 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14564, Bull. n° 249).

Le Conseil d'État a aussi jugé que le défaut d'information pouvait constituer une faute médicale engageant la responsabilité du service public hospitalier. Il a précisé que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comportait des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient devait en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé (CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. p. 5).

- Une obligation énoncée par différentes dispositions législatives et réglementaires

La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a inséré différentes dispositions dans le code civil dont l'article 16-3 modifié par les lois n° 99-641 du 27 juillet 1999 et 2004-800 du 6 août 2004 selon lequel « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. 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* ».

Le code de déontologie médicale, issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 a énoncé à l'article 35 que « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.* » ; cette disposition ayant été transposée à l'article R. 4127-35 du code de la santé publique.

La charte du patient hospitalisé, annexée à la circulaire ministérielle n° 95-21 du 6 mai 1995 devant être remise aux patients a prévu que « *le médecin doit donner*

une information simple, accessible, intelligible et loyale à tous les patients (...). Afin que le patient puisse participer pleinement, notamment aux choix thérapeutiques qui le concernent et à leur mise en œuvre quotidienne, les médecins et le personnel paramédical participent à l'information du malade, chacun dans son domaine de compétences ».

Une information préalable spécifique a en outre été prévue par le législateur pour certains actes médicaux, en particulier en matière de prélèvements d'organes et de recherches biomédicales dès les lois n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes et 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

- Une obligation reconnue par des conventions internationales et la Cour européenne des droits de l'homme

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, signée à Oviedo le 4 avril 1997, dispose à l'article 5 qu' « *une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée ait donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but, à la nature de l'intervention et quant à ses conséquences et ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, retirer librement son consentement* ».

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 prévoit dans son art 3 relatif au droit à l'intégrité de la personne que « *dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que les États devaient prendre des mesures réglementaires pour que les médecins s'interrogent sur les conséquences prévisibles que l'intervention projetée peut avoir sur l'intégrité physique de leurs patients et qu'ils en informent préalablement ceux-ci de manière à ce qu'ils soient en mesure de donner un accord éclairé et qu'en corollaire, en particulier si un risque prévisible de cette nature se réalisait sans que le patient en ait été dûment informé au préalable par ses médecins et lorsque les médecins exercent au sein d'un hôpital public, l'État partie concerné puisse être directement responsable du fait de ce défaut d'information sur le terrain de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 2 juin 2009, *Codarcea c. Roumanie*, n° 31675/04).

- Un droit à l'information consacré par la loi du 4 mars 2002

Au sein d'un titre 1^{er} du code de la santé publique relatif aux « droits des personnes malades et des usagers du système de santé », la loi du 4 mars 2002 a consacré un chapitre 1^{er} à « *l'information des usagers du système de santé et à l'expression de leur volonté* ». Elle y a essentiellement affirmé à l'article L. 1111-2 que « *toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé* » en en précisant l'étendue et les modalités, à l'article L. 1111-3 que « *toute personne a droit, à sa demande, à une information délivrée par les établissements et services de santé publics et*



privés, sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge », à l'article L. 1111-4 que « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé » et que « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment » et à l'article L. 1111-7 que « toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé ».

Ces dispositions ont été ensuite complétées par les lois n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires et 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de cette dernière loi.

L'article L. 1111-2 a notamment prévu que chaque établissement remettait aux patients, lors de leur admission, un livret d'accueil dont le contenu a été fixé par un arrêté du 15 avril 2008 et auquel est annexée la charte du patient hospitalisé, actualisée en fonction de ces évolutions.

Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre de la santé ont en outre été prévues par le législateur à l'article L. 1111-2 et arrêtées en décembre 2005. Le Conseil d'État a précisé que, si ces recommandations qui visaient normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales, n'avaient pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la santé, le caractère de décision faisant grief, elles devaient toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles étaient rédigées de façon impérative (CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 27023, inédit au Rec.).

I. L'information due au patient

Il convient d'envisager le contenu de l'information, sa délivrance, ses destinataires et ses limites.

A. Le contenu de l'information

Le contenu de l'information a été progressivement précisé par la Cour de cassation et le Conseil d'État en particulier à propos des risques encourus par le patient lors de la réalisation d'un acte médical, source de nombreux litiges. Il a été fixé par plusieurs dispositions issues de la loi du 4 mars 2002 et par des dispositions spécifiques relatives à certains actes médicaux dont la pratique est encadrée. .



1. Les évolutions jurisprudentielles

a. La Cour de cassation a d'abord retenu que le médecin devait, pour permettre au patient de donner un consentement ou un refus éclairé, lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose à l'exclusion des risques exceptionnels puis sur les risques graves de telles investigations ou soins (not. Cass., 1^{ère} civ., 20 mars 1984, pourvoi n° 82-16926, Bull. n° 107 et Cass., 1^{ère} civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-19161, Bull. n° 187).

Elle a ensuite affirmé que le praticien n'était pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisaient qu'exceptionnellement (Cass., 1^{ère} civ., 7 octobre 1998, pourvois n° 97-12185 et 97-10267, Bull. n° 287 et 291). Elle a aussi étendu l'obligation d'information du praticien aux risques graves encourus en cas d'opposition du patient à un traitement (Cass., 1^{ère} civ., 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-18180, Bull. n° 418).

Elle a enfin précisé que dès lors que l'obligation d'information trouvait son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation pouvait être recherchée alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels. L'interprétation d'une même norme ne pouvait en effet être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne pouvait se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée (Cass., 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14564, Bull. n° 249).

b. Le Conseil d'État, après avoir jugé à de nombreuses reprises que la responsabilité du service public ne pouvait être engagée au titre d'une absence d'information relative à des risques exceptionnels (ex : CE, 21 juillet 1972, *Dame Rabus*, n° 79464, Rec. p. 594 ; CE, 28 avril 1976, *Époux Fourteau*, n° 95790, Rec. p. 222 et CE, 1^{er} mars 1989, *Gélineau*, n° 68434, Rec. p. 65), a affirmé que la seule circonstance que les risques connus de décès ou d'invalidité que comportait l'acte médical envisagé, ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispensait pas les praticiens de leur obligation d'en informer le patient (CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. p. 5).

c. Des exigences spécifiques ont été posées en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique par le Conseil d'État et la Cour de cassation. La Cour de cassation a affirmé que le praticien était alors tenu d'une obligation d'information particulièrement rigoureuse à l'égard de son client, qu'il ne devait pas exposer à un risque sans proportion avec les avantages escomptés (Cass., 1^{ère} civ., 22 septembre 1981, pourvoi n° 80-16256, Bull. n° 268) et que l'obligation d'information devait porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter (Cass., 1^{ère} civ., 17 février 1998, pourvoi n° 95-21715, Bull. n° 67). Le Conseil d'État a retenu qu'en matière de chirurgie esthétique, le praticien était tenu d'une obligation d'information particulièrement étendue à l'égard de son client et admis dès 1996 qu'un défaut d'information sur l'existence d'un risque même exceptionnel engageait la responsabilité d'un hôpital public (CE, 15 mars 1996, *Mlle Durand*, n° 136692, Rec. p. 85).



d. La Cour de cassation a en outre mis à la charge de l'établissement de santé privé, au titre du contrat d'hospitalisation et de soins conclu avec le patient, l'obligation de l'informer des prestations qu'il est en mesure d'assurer et en particulier de la présence permanente ou non d'un gynécologue obstétricien (Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 1997, Bull. n° 276, pourvoi n° 95-21390).

2. Les dispositions issues de la loi du 4 mars 2002

a. L'article L. 1111-2 du code de la santé publique

Cette disposition prévoit désormais que l'information « porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ». Lorsque postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver ».

Des discussions demeurent sur les notions de risques fréquents ou graves normalement prévisibles. Ces risques sont appréciés au cas par cas au vu des éléments médicaux soumis ; le juge devant déterminer si celui qui est survenu faisait ou non partie de ceux qui devaient être signalés au patient.

La Cour de cassation a estimé, à titre d'exemple, que le médecin devait informer son patient de risques d'infection nosocomiale scientifiquement connus comme étant en rapport avec le type d'intervention subie (Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-21058, Bull. n° 90).

L'obligation d'information quant aux risques nouveaux identifiés après les actes médicaux est nouvelle. Le Conseil d'État a cependant considéré en se fondant sur l'article L. 710-2 du code de la santé publique, dans sa rédaction applicable à la date des faits en litige selon laquelle les établissements de santé, publics ou privés sont tenus de communiquer aux personnes recevant ou ayant reçu des soins, sur leur demande et par l'intermédiaire du praticien qu'elles désignent, les informations contenues dans leur dossier médical », que ces dispositions ne dispensaient pas le service public hospitalier, de l'obligation d'informer le patient, sauf impossibilité de le retrouver, lorsque après son départ de l'hôpital un risque nouveau le concernant est identifié (CE, 2 septembre 2009, *Mme Peignien*, n° 292783, inédit au Rec.).

b. L'article L. 1111-3 du code de la santé publique

Cette disposition prévoit une information sur les frais auxquels s'expose le patient et constitue une innovation de la loi du 4 mars 2002. Elle est mise à la charge des établissements de santé publics et privés et des professionnels de santé exerçant en libéral.

c. L'article L. 1111-4 du code de la santé publique

Après avoir affirmé que « toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé », cet article précise aussi que le médecin doit respecter la



volonté de la personne, après l'avoir informée des conséquences de son choix, y compris et sous certaines conditions, en application de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, lorsque son refus met sa vie en danger.

d. L'article L. 6322-2 du code de la santé publique

Il prévoit que « pour toute prestation de chirurgie esthétique, la personne concernée, et, s'il y a lieu, son représentant légal, doivent être informés par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications. Cette information est accompagnée de la remise d'un devis détaillé. Un délai minimum doit être respecté par le praticien entre la remise de ce devis et l'intervention éventuelle. Pendant cette période, il ne peut être exigé ou obtenu de la personne concernée une contrepartie quelconque ni aucun engagement à l'exception des honoraires afférents aux consultations préalables à l'intervention ».

3. Les dispositions relatives à des actes médicaux encadrés

Certains actes médicaux, dont la pratique est encadrée et soumise à des autorisations, sont régis par des dispositions spécifiques fixant notamment le contenu de l'information dont doit disposer la personne qui s'y soumet, en particulier en matière de recherches biomédicales, de don et utilisation des éléments et produits du corps humain, assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatal, examen des caractéristiques génétiques en application des articles L. 1122-1, L. 1211-2, L. 1221-6, L. 2141-10 et L. 1131-1-2 du code de la santé publique.

B. Le délivrance de l'information

Elle constitue une obligation personnelle essentiellement à la charge des professionnels de santé selon certaines modalités.

1. Une obligation personnelle

L'information du patient, incombe à chaque professionnel de santé et ne peut, en principe, être déléguée à un confrère prenant en charge le patient.

L'article 64 du code de déontologie médicale issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 et transposé à l'article R. 4127-64 a précisé que lorsque plusieurs médecins collaboraient à l'examen ou au traitement d'un malade, chacun d'eux veillait à l'information du malade. La Cour de cassation a retenu que le devoir d'information pesait aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription (Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-19609, Bull. n° 278).

L'article L. 1111-2 du code de la santé publique précise désormais que « l'information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables », quel que soit le cadre dans lequel il exerce.

Le Conseil d'État en a déduit que les praticiens des établissements publics de santé avaient l'obligation d'informer directement le patient des investigations pratiquées et de leurs résultats, en particulier lorsqu'elles mettaient en évidence des risques



pour sa santé, à moins que celui-ci n'ait expressément demandé que les informations médicales le concernant ne lui soient délivrées que par l'intermédiaire de son médecin traitant (CE, 28 juillet 2011, *Mme Le Flohic*, n° 331126, inédit au Rec.).

2. Les modalités de l'information

L'article L. 1111-2 prévoit que l'information est délivrée au cours d'un entretien individuel. Elle est donc essentiellement orale et doit pouvoir être comprise par le patient. Elle peut être complétée par des supports écrits destinés à l'éclairer et à la préciser.

La remise d'un écrit est exigée préalablement à la réalisation de certains actes médicaux spécifiquement encadrés tels que les recherches biomédicales, les prélèvements sanguins, l'assistance médicale à la procréation assistance médicale à la procréation, le diagnostic prénatal et l'examen des caractéristiques génétiques en application des articles L. 1122-1, L. 1221-6, L. 2141-10 et L. 1131-1-2 du code de la santé publique.

C. Les destinataires de l'information

Il s'agit en premier lieu et essentiellement du patient, dans certains cas de la personne de confiance et des proches. Des dispositions spécifiques sont prévues pour les mineurs et les majeurs sous tutelle. Enfin une information entre professionnels de santé concourant à la prise en charge d'un patient est expressément prévue.

1. Le patient

L'information est en principe délivrée seulement au patient.

Le professionnel de santé est tenu au secret à l'égard des proches du patient sauf si ce dernier consent expressément à ce que des informations leur soient données sur son état de santé, voire sur les risques qu'ils peuvent eux-mêmes courir. Tout en fixant les modalités de l'information des proches en matière d'examen des caractéristiques génétiques, l'article L. 1131-1-2 du code de la santé publique issu de la loi n° 2011-814 du 11 juillet 2011 relative à la bioéthique fait en conséquence peser sur la personne concernée et non sur les professionnels de santé l'obligation de les informer en cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave et de l'existence mesures de prévention ou de soins.

2. La personne de confiance et les proches

Lorsque l'état de santé du patient ne lui permet pas d'être informé, l'information peut être donnée à la personne de confiance désignée par le patient selon les modalités prévues par l'article L. 1111-6 du code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002, à la famille ou à défaut l'un de ses proches ; l'article L 1111-4 précisant en effet que lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance ou la famille ou à défaut un de ses proches ait été consulté.

La Cour de cassation a précisé que le médecin n'était tenu d'informer les proches du malade et de recueillir leur consentement que lorsque celui-ci était dans



l'impossibilité de donner son accord à l'acte médical envisagé (Cass., 1^{ère} civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19301, Bull. n° 380).

Dans le cas d'un patient en fin de vie hors d'état de manifester sa volonté, la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 envisage la possibilité d'une limitation ou d'un arrêt du traitement susceptible de mettre sa vie en danger sous réserve d'une procédure collégiale et de la consultation de la personne de confiance, la famille ou à défaut l'un des proches.

L'article R. 4127-35 du code de la santé publique transposant 35 du code de déontologie médicale issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 prévoit en outre qu'un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais que les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit en être faite ; cette disposition ayant été insérée pour la première fois dans le code de déontologie médicale issu du décret n° 79-506 du 28 juin 1979.

3. Les mineurs

L'information concernant des personnes mineures fait l'objet de dispositions spécifiques. L'article L. 1111-2 du code de la santé publique dispose que l'information est donnée aux titulaires de l'autorité parentale. Il réserve cependant les cas prévus par l'article L. 1111-5 du mineur s'étant expressément opposé à leur consultation alors qu'un traitement ou une intervention s'impose pour sauvegarder sa santé, celui-ci devant être alors accompagné d'une personne majeure, ou encore du mineur dont les liens de famille sont rompus et qui bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture maladie universelle. Il prévoit aussi que les mineurs ont le droit de recevoir dans tous les cas une information et de participer à la prise de décision les concernant d'une manière adaptée à leur degré de maturité.

4. Les majeurs sous tutelle

L'information est aussi spécifiquement prévue par l'article L. 1111-2 du code de la santé publique. Elle est délivrée au tuteur cependant l'article L. 1111-2 précise aussi que les intéressés ont le droit de recevoir une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée à leurs facultés de discernement.

5. Les professionnels de santé concourant à la prise en charge du patient

L'article R. 4127-64 du code de la santé publique ayant transposé l'article 64 du code de déontologie médicale issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, prévoit que « *Les médecins qui concourent aux soins d'un même patient ont le devoir de s'informer mutuellement de son état* ». L'article R. 4127-60 ayant transposé l'article 60 prévoit en outre dans le cas de la consultation d'un médecin à l'initiative d'un confrère qu'« *à l'issue de la consultation, le consultant informe par écrit le médecin traitant de ses constatations, conclusions et éventuelles prescriptions en avisant le patient.* »

La Cour de cassation a estimé que pour décider d'un partage de responsabilité entre un chirurgien et un médecin anesthésiste, une cour d'appel avait pu retenir que les



obligations du chirurgien ne pouvaient se limiter aux seuls gestes chirurgicaux dès lors que, suivant depuis plusieurs années son patient, celui-ci se devait d'aviser le médecin anesthésiste des risques que comportait une anesthésie locale (Cass., 1^{ère} civ., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-17274, Bull. n° 298) et qu'il incombait au médecin ayant réalisé un acte médical à la demande d'un confrère d'informer par écrit celui-ci de ses constatations, conclusions et éventuelles prescriptions (Cass., 1^{ère} civ., 29 novembre 2005, pourvoi n° 04-13805, Bull. n° 455).

L'article L. 1110-4 du code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002 prévoit désormais expressément que deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible et que lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe.

D. Les limites de l'information

Elles concernent essentiellement l'urgence, l'impossibilité et le refus du patient d'être informé. Une limitation de l'information dans le cas d'un diagnostic ou pronostic grave est aussi prévue.

1. L'urgence et l'impossibilité d'informer le patient

Elles ont été en premier lieu retenus par la Cour de cassation et le Conseil d'État comme dispensant le professionnel de santé de son obligation d'information (Cass., 1^{ère} civ., 7 octobre 1998, pourvoi n° 97-10267, Bull. n° 291 et CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. p. 5).

Elles sont expressément prévues par L'article L. 1111-2 du code de la santé publique.

2. Le refus du patient

Il a été prévu par la Cour de cas, envisage aussi expressément l'hypothèse dans laquelle la personne a exprimé par écrit sa volonté d'être tenue dans l'ignorance du diagnostic.

3. La limitation de l'information dans le cas d'un diagnostic ou d'un pronostic grave

Le code de déontologie médicale issu du décret n° 79-506 du 28 juin 1979 a prévu dans son article 42 que pour des raisons légitimes que le praticien appréciait en conscience, un malade pouvait être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave. Le décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 a ensuite complété cette disposition devenue l'article 35, transposée à l'article R. 4127-35 du code de la santé publique, en précisant : « *dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave, sauf dans le cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination* ».

La Cour de cassation a retenu que cette disposition autorisait le médecin à limiter l'information de son patient sur un diagnostic ou pronostic grave, que cette limitation



devait être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, lequel devait être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade et que dès lors qu'une cour d'appel avait souverainement estimé que l'intérêt du patient justifiait la limitation de son information quant au diagnostic, elle pouvait décider que le praticien n'avait pas commis de faute en la limitant (Cass., 1^{ère} civ., 23 mai 2000, pourvoi n° 98-18513, Bull n° 159).

II. La responsabilité liée au défaut d'information

En cas de litige, il est nécessaire que le professionnel de santé soit en mesure de prouver qu'il a rempli son devoir d'information. En l'absence d'une telle preuve, le défaut d'information est susceptible de justifier une réparation du préjudice subi par le patient.

A. La preuve de l'information

Après avoir fait peser sur le patient la preuve du défaut d'information (ex : Cass., 1^{ère} civ., 21 février 1961, Bull. n° 115), la Cour de cassation a jugé que dès lors que celui qui était légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information devait rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation, il incombait au médecin, tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient, de prouver qu'il a exécuté cette obligation (Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, pourvoi n° 94-19685, Bull. n° 75). Le Conseil d'État a tranché aussi expressément cette question en 2000 en jugeant qu'il appartenait à l'hôpital d'établir que l'intéressé avait été informé des risques de l'acte médical (CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. p. 5).

Le Conseil d'État comme la Cour de cassation ont admis une preuve par tout moyen ; la Cour de cassation ayant expressément affirmé que la preuve de l'information donnée par le médecin à son patient pouvait être faite par tous moyens, et notamment par des présomptions au sens de l'article 1353 du code civil (Cass., 1^{ère} civ. 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-19609, Bull. n° 278).

Ces solutions ont été consacrées par la loi du 4 mars 2002, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique prévoyant qu'« *en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article* » et que la « *preuve peut être apportée par tout moyen* ».

Il appartient aux juges du fond d'apprécier au cas par cas en fonction des éléments médicaux versés aux débats telles que les consultations préalables, les annotations portées au dossier médical, les courriers adressés au médecin traitant, les fiches écrites éventuellement remises au patient décrivant l'acte médical envisagé et les risques encourus, si le patient a été dûment informé ou encore si le professionnel de santé justifie avoir été placé dans une situation l'en dispensant.

Un défaut d'information est donc retenu lorsque le professionnel de santé n'est pas en mesure d'établir qu'il a rempli son devoir d'information.



B. La réparation du défaut d'information

Déterminée par le Conseil d'État et la Cour de cassation, elle a connu des évolutions importantes. Le défaut d'information a d'abord donné lieu à une réparation intégrale des préjudices corporels subis puis à une réparation fondée sur la perte de chance. L'existence d'un préjudice moral a en outre été reconnue par la Cour de cassation. Enfin la réparation du défaut d'information n'est pas exclusive d'une réparation au titre d'une faute technique ou de la survenue d'un accident médical.

1. Une réparation d'abord intégrale des préjudices corporels

Une réparation intégrale des préjudices corporels subis a été admise tant par la Cour de cassation dès l'arrêt *Teyssier* (Cass., req. 28 janvier 1942) et maintenue jusqu'en 1990 (ex. : Cass., 1^{ère} civ., 11 février 1986, pourvoi n° 84-10845, Bull. n° 24) que par le Conseil d'État (ex : CE, 17 février 1988, *CHR de Nancy*, n° 71974, inédit au Rec.).

2. Une réparation ensuite fondée sur la perte de chance

La Cour de cassation a estimé en 1990 que le défaut d'information privait seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constituait un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'acte médical réalisé (Cass., 1^{ère} civ., 7 février 1990, pourvoi n° 88-14797, Bull. n° 39). Elle a ensuite relevé que dans le cas où la faute du médecin avait fait perdre au patient la chance d'échapper à une atteinte à son intégrité physique, le dommage qui en résultait pour lui était fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant et que sa réparation ne se limitait pas au préjudice moral mais correspondait à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il avait subis (Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-14254, Bull. n° 220).

Elle a progressivement précisé selon quelles modalités le juge devait apprécier la perte de chance subie par le patient de refuser l'acte médical litigieux. Elle a retenu que les juges du fond devaient rechercher quels effets aurait pu avoir une information exhaustive sur le consentement du patient et le défaut d'information n'autorisant une réparation partielle que dans les cas où le patient était susceptible de refuser l'acte subi, voire une réparation intégrale des préjudices s'il était admis que le patient dûment informé aurait renoncé à l'acte médical (Cass., 1^{ère} civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 98-23046, Bull. n° 93). Aucune réparation n'était en revanche envisagée s'il était retenu que le patient aurait consenti à l'acte médical litigieux (ex : Cass., 1^{ère} civ., 4 février 2003, pourvoi n° 00-15572, Bull. n° 40) ou encore s'il ne souffrait, du fait du risque réalisé, que de troubles moindres que ceux découlant de la non-réalisation de l'intervention (Cass., 1^{ère} civ., 7 octobre 1998, pourvoi n° 97-12185, Bull. n° 287).

Elle a cependant ensuite jugé que du fait que la violation de l'obligation d'information était sanctionnée au titre de la perte de chance, le dommage correspondait nécessairement à une fraction des différents chefs de préjudices subis, qui était déterminée en mesurant la chance perdue et ne pouvait donc être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical (Cass., 1^{ère} civ., 7 décembre 2004, pourvoi n° 02-10957, Bull. n° 302).



Le Conseil d'État a aussi, à compter de l'arrêt *Consorts Telle*, fait application de la perte de chance en relevant que la faute commise par les praticiens d'un hôpital au regard de leur devoir d'information du patient n'entraînait, pour ce dernier, que la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé, que la réparation du dommage résultant de cette perte devait être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice qui tenait compte du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'acte médical et d'autre part, les risques encourus en cas de renoncement à cet acte et que, lorsque le patient avait droit à une réparation partielle des conséquences dommageables d'un accident en raison de la perte de chance qui avait résulté pour lui d'un manquement par les praticiens à leur devoir d'information, il convenait pour le juge de déterminer le montant total du dommage puis de fixer la fraction de ce dommage mise à la charge de l'hôpital à raison de la perte de chance résultant pour le patient de ce manquement au devoir d'information (CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. p. 5 et CE, Ass., 19 mai 2004, *CRAMIF et CPAM du Val-de-Marne c/ M. Truszkowski*, n° 216039 et 216040, Rec. p. 228).

Il a retenu, en revanche, qu'une réparation était exclue dans le cas du décès d'un patient à la suite d'une intervention chirurgicale, que son état de santé nécessitait de manière vitale en l'absence d'alternative thérapeutique moins risquée, en l'absence de perte de chance pour le patient, de se soustraire au risque réalisé (CE, 15 janvier 2001, *Mme Courrechi*, n° 184386, inédit au Rec.).

3. La réparation d'un préjudice moral

Après avoir exclu la réparation d'un préjudice moral spécifique consécutif à un défaut d'information (Cass., 1^{ère} civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19301, Bull. n° 380), la Cour de cassation a affirmé dans le cas d'un patient ayant éprouvé des séquelles à la suite d'une intervention que son état de santé nécessitait, qu'il résultait des articles 16 et 16-3, alinéa 2 du code civil, que toute personne avait le droit d'être informée préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement devait être accueilli par le praticien, hors le cas où son état rendait nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'était pas à même de consentir. Elle en a déduit que le non-respect du devoir d'information qui en découlait, causait à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne pouvait, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, laisser sans réparation (Cass., 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13591, Bull. n° 128). Le patient n'avait dans ce cas pas subi, en l'absence d'alternative thérapeutique, de perte de chance d'éviter le dommage.

Les conséquences de cet arrêt sont très discutées quant à la nature de la responsabilité liée au défaut d'information, au préjudice ainsi susceptible d'être indemnisé, à son cumul éventuel avec une réparation partielle ou totale de l'ensemble du dommage corporel...

Il est en revanche certain que l'indemnisation du préjudice n'est désormais plus, pour la Cour de cassation, conditionnée par l'existence d'une perte de chance ; celle-ci jugeant d'ailleurs déjà dans le cas d'atteintes au droit de la personnalité, telles que l'atteinte au droit de propriété littéraire et artistique ou l'atteinte à la



vie privée, que la seule constatation de l'atteinte ouvre droit à réparation (Cass., 1^{ère} civ., 11 octobre 1983, pourvoi n° 82-11458, Bull. n° 225 et Cass., 1^{ère} civ., 25 février 1997, pourvoi n° 95-13545, Bull. n° 73).

4. Une réparation qui n'est pas exclusive d'une réparation au titre d'une faute technique ou de la survenue d'un accident médical

La Cour de cassation et le Conseil d'État ont eu à se prononcer sur le cas de dommages survenus alors qu'outre un défaut d'information, d'autres fautes avaient été commises ou encore un accident médical s'était produit.

La Cour de cassation a retenu que la réparation d'un préjudice lié au défaut d'information n'était pas exclusive d'autres réparations au titre d'une faute commise dans l'indication opératoire (Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 09-10992, Bull. n° 20) ou de la survenue d'un accident médical ouvrant droit à réparation au titre de la solidarité nationale. Elle a précisé que dans l'hypothèse où un médecin, ayant manqué à son devoir d'information, avait été condamné à réparer le préjudice né de la perte d'une chance d'éviter le dommage, la victime pouvait agir contre l'ONIAM pour obtenir une réparation intégrale (Cass., 1^{ère} civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11270, Bull. n° 63).

Le Conseil d'État a aussi affirmé que dans l'hypothèse où un accident médical non fautif était à l'origine de conséquences dommageables mais où une faute avait été commise à l'origine d'une perte de chance d'éviter le dommage corporel advenu, l'accident ouvrait droit à réparation au titre de la solidarité nationale s'il remplissait les conditions posées au II de l'article L. 1142-1 et présentant notamment le caractère de gravité requis, l'indemnité due par l'ONIAM étant seulement réduite du montant de celle mise, le cas échéant, à la charge du responsable de la perte de chance, égale à une fraction du dommage corporel correspondant à l'ampleur de la chance perdue (CE, 30 mars 2011, *ONIAM c/ M. et Mme Hautreux*, n° 327669, Rec. p. 148).

III. L'accès aux informations de santé détenues par les établissements et professionnels de santé

La communication du dossier médical a fait l'objet de dispositions successives.

Elle a d'abord été prévue par les lois n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière et le décret n° 92-329 du 30 mars 1992 relatif au dossier médical et à l'information des personnes accueillies dans les établissements de santé publics et privés et modifiant le code de la santé publique. Une communication par les établissements des dossiers des malades au médecin appelé à dispenser les soins et au patient était possible mais était effectué dans ce dernier cas par l'intermédiaire d'un médecin désigné par le patient.

L'article L. 1111-7 issu de la loi du 4 mars 2002 a posé le principe d'un accès direct de la personne ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne aux informations concernant sa santé détenues par des professionnels et établissements de santé.

Il y a lieu d'évoquer les informations ainsi accessibles, les modalités d'accès et la protection de leur confidentialité.



A. Les informations accessibles

L'article L. 1111-7 du code de la santé publique précise qu'il s'agit des informations qui sont formalisées et ont contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou d'une action de prévention, ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé à l'exception des informations mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant un tel tiers.

En cas de décès du patient, les ayants droit n'ont cependant accès, sous réserve de l'absence d'opposition de l'intéressé avant son décès, qu'aux informations nécessaires à la connaissance des causes de la mort, à la défense de la mémoire du défunt, ou afin de faire valoir leurs droits en application de l'article L. 1110 du code de la santé publique.

B. Les modalités d'accès

Elles sont fixées par les articles L. 1111-7 et R. 1111-1 et suivants du code de la santé publique ; ces derniers ayant été modifiés par le décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006. Ces dispositions prévoient notamment un délai de 8 jours pour l'obtention de la communication, ce délai étant allongé dans certains cas.

L'accès aux informations de santé est ouvert outre aux praticiens prenant en charge le patient, à la personne concernée par les soins. Des dispositions spécifiques ont été prévues s'agissant des mineurs et des majeurs protégés et des personnes ayant fait l'objet d'une hospitalisation d'office ou à la demande d'un tiers.

1. La personne concernée par les soins

Elle accède en principe elle-même aux informations de santé. Le Conseil d'État a cependant jugé qu'il ne résultait pas des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-7 du code de la santé publique que le législateur avait entendu exclure la possibilité pour la personne concernée d'accéder aux informations médicales relatives à sa santé détenue par des professionnels et établissements de santé en recourant, dans les conditions de droit commun, à un mandataire dès lors que ce dernier pouvait justifier de son identité et dispose d'un mandat exprès, c'est à dire dûment justifié (CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 270234, Rec. p. 395).

L'article L. 1111-7 a cependant prévu que la présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations pouvait être recommandée par le médecin les ayant établies ou en étant dépositaire, pour des motifs tenant aux risques que leur connaissance sans accompagnement ferait courir à la personne concernée, mais que le refus de cette dernière ne faisait pas obstacle à la communication de ces informations.

2. Le cas des mineurs et majeurs protégés

Des dispositions spécifiques ont été prises s'agissant des mineurs et des majeurs protégés.



Les titulaires de l'autorité parentale ont accès aux informations de santé sous réserve de l'absence d'opposition du mineur en application de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique ; le mineur pouvant cependant aussi demander que cet accès ait lieu par l'intermédiaire d'un médecin.

Les majeurs protégés peuvent accéder eux-mêmes aux informations s'ils sont en état de prendre des décisions ; l'accès étant à défaut conféré à la personne chargée de leur protection.

3. Le cas des personnes ayant fait l'objet d'une hospitalisation à la demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office

L'article L. 1111-7 prévoit que l'accès aux informations de santé peut être subordonné à la présence d'un médecin en cas de risque d'une gravité particulière, qu'en cas de refus du demandeur, la commission départementale des soins psychiatriques est saisie et que son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur.

C. La protection de la confidentialité des informations

La confidentialité des informations relatives à la santé, protégées par le secret, sous ces réserves et celles liées à la prise en charge commune d'un malade s'impose aux professionnels et aux établissements de santé.

L'article L. 1110-4 du code de la santé publique affirme que toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant tout en réservant expressément l'échange entre professionnels concernés par la prise en charge du patient.

Elle s'impose en particulier en matière d'assurance. La Cour de cassation a ainsi retenu que procédait d'une violation du secret médical, la révélation par le médecin conseil à son mandant, d'informations reçues du médecin traitant d'un assuré (ex. : Cass., 1^{ère} civ., 6 janvier 1998, pourvois n° 95-19902, 96-16721, Bull. n° 3) ; l'assuré pouvant cependant sous certaines conditions renoncer à se prévaloir du secret médical (ex.: Cass., 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, pourvoi n° 99-17187, Bull. n° 244).

Elle justifie enfin des dispositions spécifiques quant à l'accès informatisé aux données de santé et à leur conservation prévues par les articles L. 1111-8 et R. 1111-9 et suivants du code de la santé publique.



Sixième table ronde

Le rôle de l'expert médical

L'expertise détermine le plus souvent l'issue du litige en responsabilité et la réparation des dommages et constitue ainsi un élément majeur de la procédure amiable comme de la procédure contentieuse. Elle conduira la table ronde à une réflexion sur sa mise en œuvre, les missions et devoirs de l'expert médical, et notamment le principe du contradictoire. L'équilibre entre les différents protagonistes et le respect des droits fondamentaux de la personne malade, constituant des enjeux essentiels, seront également pris en considération.

Sommaire

Présentation des intervenants	p. 298
Actes de la table ronde	p. 300
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire	p. 324
Tableau de synthèse des préconisations de la commission de réflexion sur l'expertise	p. 338

Les intervenants

Dominique Loriferne,

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

Dominique Loriferne a été juge au tribunal d'instance de Lyon puis vice-président du tribunal de grande instance de Lyon, conseiller puis président de chambre d'une cour d'appel. Nommé conseiller à la Cour de cassation en 2003, il est président de la deuxième chambre civile de cette Cour depuis janvier 2010 et membre de la Cour de justice de la République.

Philippe Biclet,

Expert près la cour d'appel et la cour administrative d'appel de Paris, rédacteur en chef de la Revue Médecine et Droit

Le docteur Philippe Biclet est gastro-entérologue. Il est expert auprès de la cour d'appel de Paris et de la cour administrative d'appel de Paris. Il vient de terminer un mandat de conseiller national de l'Ordre des médecins au cours duquel il a travaillé sur les questions éthiques et déontologiques. En particulier, il a été vice-président de la section éthique du Comité permanent des médecins européens de 2006 à 2008. Il est l'auteur d'un manuel d'éthique médicale et d'un guide juridique de la pratique médicale parue chez Doin. Le docteur Philippe Biclet préside le Comité d'agrément des hébergeurs de données de santé placé auprès du ministre de la santé et des solidarités. Il est ancien auditeur de l'Institut des hautes études de la défense nationale. Il est rédacteur en chef de la revue *Médecine & Droit* depuis son origine.

Annick Feltz,

Présidente de commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales

Licenciée en droit, diplômée d'études comptables supérieures et titulaire du certificat supérieur juridique et fiscal du diplôme d'expertise comptable, Annick Feltz intègre l'École nationale de la magistrature en 1981. Après une affectation en 1983 au tribunal de grande instance de Reims en qualité de juge pour enfants, elle est nommée juge d'instruction en 1986 au tribunal de grande instance de Laon. Elle prend les fonctions de juge en 1989 au tribunal de grande instance de Lille. En 1991 elle rejoint le tribunal de grande instance de Meaux et en devient vice-présidente en 1995. Annick Feltz est nommée successivement conseiller à la cour d'appel de Poitiers en 2001 puis à la cour d'appel de Paris en 2005. Depuis 2009, elle exerce les fonctions de présidente de commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales des régions Bretagne, Pays-de-Loire, Basse-Normandie, Haute-Normandie et Île de la Réunion.

Sylvia Mille,

Présidente de chambre à la cour administrative d'appel de Paris

Diplômée de Sciences Po (1970), titulaire d'une maîtrise d'histoire et ancienne élève de l'École nationale d'administration, Sylvia Mille a commencé sa carrière aux affaires étrangères, avant de la poursuivre en qualité d'administrateur civil au ministère chargé de la santé de 1982 à 1987. Détachée puis intégrée dans le corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, elle a exercé de septembre 2000 à septembre 2003, les fonctions de vice-président chargé de contentieux indemnitaires (responsabilité hospitalière, marchés et contrats, dommages de travaux publics) au tribunal administratif de Cergy-Pontoise où elle a ordonné de nombreuses expertises. Vice-présidente, puis présidente de la 6^{ème} section du tribunal administratif de Paris, chargée de ces mêmes contentieux, elle a animé, entre septembre 2003 et septembre 2011, aux côtés d'une magistrate du tribunal de grande instance de Paris, des séances de formation d'experts médicaux pour la Compagnie des experts auprès des cours administratives d'appel de Paris et de Versailles. Depuis le 15 septembre 2011, elle est présidente de chambre à la cour administrative d'appel de Paris.

Rémi Pellet,

Professeur de droit des universités et enseignant à Sciences Po

Ancien rapporteur à la Cour des comptes (1995-2002), Rémi Pellet a été chargé en 2007 par le ministre de la santé d'un rapport sur le droit européen du médicament, dont certaines propositions ont été consacrées par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009. Rémi Pellet a été avocat au barreau de Paris (2004-2008) spécialisé en droit et finances des activités de santé puis membre titulaire de la Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CRCI) du Nord-Pas-de-Calais (2009-2010). Il est l'auteur de nombreux articles et de plusieurs livres dont l'un a reçu en 2006 le prix Charles Dupin de l'Académie des sciences morales et politiques, couronnant le meilleur ouvrage juridique. Il a dirigé l'ouvrage « *Responsabilité, assurance et expertise médicale. Bilan d'application des lois Kouchner et About, 2002-2008. Propositions de réformes* », Dalloz, 2008. Site internet : www.remipellet.com

Actes – Le rôle de l'expert médical

Introduction de Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

L'expertise est évidemment un élément central du système d'indemnisation des victimes. C'est elle qui va permettre au juge administratif ou judiciaire, aux différents organismes, et notamment la CRCI, de procéder à l'indemnisation des victimes et éventuellement déterminer les responsabilités.

Les responsabilités, nous en avons parlé hier ; l'indemnisation des victimes, nous avons commencé à en parler ce matin ; et l'expert médical, c'est l'intermédiaire quasi obligatoire dès lors que se pose une question d'ordre médical. Il est le seul à pouvoir répondre à des questions d'ordre médical, à des questions techniques et son expertise, si elle est sérieuse, est susceptible évidemment d'emporter la conviction non seulement des juges mais aussi, et c'est souhaitable, des parties. On mesure donc l'importance du rôle de l'expert qui est le thème de notre table ronde.

Pour en débattre, il a été fait appel à un médecin-expert, le docteur Biclet, à des magistrats, Mme le président Sylvia Mille et Mme Annick Feltz, ainsi qu'à un professeur de droit, Rémi Pellet. Je vais vous les présenter rapidement.

Sylvia Mille est président de chambre à la cour administrative d'appel de Paris, elle a exercé au tribunal administratif de Cergy-Pontoise et au tribunal administratif de Paris et a connu un certain nombre de contentieux qui, évidemment, ont donné lieu à des expertises. Elle a également animé des séances de formation d'experts.

Annick Feltz est magistrat de l'ordre judiciaire. Elle a été affectée à plusieurs tribunaux et cours d'appel, elle a choisi de présider depuis 2009 des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, autrement dit les CRCI de Bretagne, des Pays-de-Loire, de Basse-Normandie, de Haute-Normandie et de l'île de la Réunion.

Le docteur Philippe Biclet est expert près la cour d'appel de Paris, expert également auprès de la cour administrative d'appel. Il a été membre du Conseil de l'Ordre national des médecins, son mandat s'est achevé depuis environ deux ans, et au cours de ce mandat, il a travaillé sur des questions d'éthique et de déontologie. Il est l'auteur d'un certain nombre de publications et il est plus particulièrement le rédacteur en chef de la revue *Médecine & Droit* depuis son origine.

Quant au professeur Rémi Pellet, il est professeur des universités et enseigne à l'université Paris V ainsi qu'à Sciences Po ; il a été avocat au barreau de Paris et membre de la CRCI du Nord-Pas-de-Calais. Il a dirigé l'ouvrage *Responsabilité, assurance et expertise médicale, bilan d'application des lois « Kouchner » et « About »* avec des propositions de réformes. Rémi Pellet est donc bien placé pour évoquer le sujet dont nous allons parler aujourd'hui.

Avant d'ouvrir la table ronde consacrée à l'expertise médicale, je vais demander à notre universitaire de nous proposer un rapide bilan de la loi du 4 mars 2002 dans le domaine qui intéresse notre table ronde aujourd'hui. M. le professeur, vous avez donc la parole.

Rémi Pellet

Professeur des universités et enseignant à Sciences Po

Mon bilan, très bref, sera uniquement centré sur les questions d'expertises médicales. En 2002, il y a deux lois : la loi du 4 mars dite « Kouchner »²²⁵ et la funeste loi du 30 décembre 2002 dite « About »²²⁶.

La première était fondée sur l'idée de « démocratie sanitaire ». Les conséquences de cette idée, appliquée au domaine de l'expertise, emportent deux principes.

- Premièrement, le principe de la gratuité des expertises réalisées dans le cadre des CRCI puisqu'elles sont prises en charge par l'ONIAM. Cette gratuité permet au requérant d'accéder à « la justice » - des guillemets puisque les CRCI ne sont pas, en tant que telles, des juridictions, mais des quasi-juridictions -, plus facilement alors que dans le domaine de véritables juridictions, les expertises doivent être payées par les plaignants.

- Deuxièmement, le principe du caractère collégial de l'examen des expertises, puisque les CRCI sont composées de façon plurielle. Des CRCI comprennent d'ailleurs des médecins qui, comme j'ai pu le constater dans la CRCI dans laquelle j'ai siégé quelques temps, peuvent jouer un rôle déterminant dans l'appréciation des expertises.

Ce sont les deux principes consacrés par la loi du 4 mars 2002 qui ont une influence directe sur les expertises.

Il me semble en outre que deux éléments doivent aussi être pris en compte.

Le premier est la rapidité de la procédure. Vous savez que les CRCI doivent se prononcer dans un délai de six mois, ce qui veut dire que les expertises doivent être produites elles-mêmes très rapidement. C'est une contrainte qui pèse sur les experts.

Le second est que si la loi du 4 mars 2002 avait prévu la formation de médecins experts spécialistes du risque médical, il se trouve qu'en pratique, si je ne m'abuse, et les magistrats sont là pour me démentir, on reprend les experts judiciaires compétents devant les juridictions et ils sont habilités devant les CRCI.

Tel serait « le bilan », de ce qui est prévu en tout cas, par la loi du 4 mars 2002.

La loi du 30 décembre 2002, dite « loi About », a quant à elle bouleversé le régime de l'assurance médicale. Elle ne concernait pas directement les expertises, mais elle a eu un effet indirect sur les expertises qui à mon avis est très critiquable. En effet, en faisant passer le système des assurances médicales du « fait générateur »

225 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

226 Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale.

à la « base réclamation », il me semble que la loi a créé de très grandes difficultés, et notamment des trous de garantie dans la couverture d'assurance des médecins, trous qu'on a essayé de combler depuis une dizaine d'années sans pour autant y parvenir. Apparemment, le ministre a annoncé que cette année enfin, on allait toucher « le Saint Graal ». Toujours est-il qu'en dehors de ces trous de garantie il y a d'autres conséquences de la loi About dont je parlerai plus tard.

Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

Nous allons à présent tenter d'appréhender le rôle de l'expert médical de façon la plus large possible, dans toutes les procédures dans lesquelles il intervient, en nous limitant aux experts désignés par les juridictions ou par les CRCI.

Le débat entre nos intervenants va s'articuler autour de deux axes : nous parlerons tout d'abord de la mise en œuvre de l'expertise médicale et ensuite des devoirs de l'expert. Tout d'abord, sur la mise en œuvre de l'expertise médicale, nous nous efforcerons de dresser un constat des faiblesses du système actuel et de faire un certain nombre de propositions qui, peut-être, seront entendues, notamment dans le domaine du recrutement, de la formation, et de la désignation des experts, ainsi que dans celui de la rédaction des missions, de l'évaluation du travail fait par les experts, de leur rémunération, etc. Chacun des intervenants s'exprimera successivement sur l'ensemble de ces thèmes.

Mme le Président Mille, si vous voulez bien commencer.

Sylvia Mille

Président de chambre à la cour administrative d'appel de Paris

Nous le savons tous, le juge, qu'il soit civil, administratif ou pénal, ne peut s'improviser médecin et ne peut donc, dans la plupart des affaires de responsabilité médicale et hospitalière qu'il doit trancher, statuer sans les lumières du technicien qu'est l'expert, même s'il conserve sa liberté d'interprétation du rapport d'expertise.

Cette liberté lui pose d'ailleurs de redoutables problèmes de conscience lorsque l'expertise se révèle défailante. C'est dire à quel point la qualité de la décision de justice dépend de la qualité du travail de l'expert.

Bien avant la loi Kouchner, l'expertise médicale était soumise à une avalanche de critiques ; lors des « États généraux de la santé » organisés en 2000, les usagers du système de santé se sont plaints en ces termes :

- « travail superficiel reflétant une méconnaissance des principes généraux de la responsabilité médicale et des règles de procédure juridictionnelle (non-respect du principe du contradictoire) ;
- insuffisance dans la recherche des éléments de discussion et d'argumentation (affirmer n'est pas démontrer) ;



- absence de raisonnement sur le lien de causalité entre le manquement retenu et le préjudice subi (que celui-ci soit un dommage corporel ou une simple perte de chance) dont la nature et l'importance ne sont quasiment jamais définies. »

La charge était lourde mais elle a provoqué une prise de conscience salutaire :

- le législateur, en 2002 avec la loi dite « Kouchner », a institué la CNAMed chargée d'établir, pour les CRCI, une liste d'experts sélectionnés, formés, et évalués avant éventuelle réinscription ; il a ensuite adopté une loi du 11 février 2004 renforçant le processus de sélection des experts judiciaires, qui ne concernait, hélas, pas ceux de l'ordre administratif²²⁷.

- les Compagnies d'experts médicaux ont dispensé des formations périodiques avec l'aide des magistrats civils et administratifs ;

- les deux ordres juridictionnels ont, chacun de leur côté, pris une initiative : la Cour de cassation, en 2005, a élaboré avec le Conseil national des barreaux et le Conseil national des compagnies d'experts de justice un « *Guide des bonnes pratiques expertales* » qui contient de précieuses recommandations ; le Conseil d'État, en 2007, a créé un groupe de travail chargé de réformer le code de justice administrative en vue notamment d'harmoniser les règles de procédure expertale avec celles du code de procédure civile (cette réflexion est à l'origine du décret du 22 février 2010 réformant le CJA pour instituer notamment un « juge du suivi » jouant un rôle équivalent à celui du « juge du contrôle des expertises » existant dans l'ordre judiciaire)²²⁸ ;

- le Médiateur de la République s'est emparé du sujet et a fait des propositions très pertinentes en juillet 2009²²⁹ ;

- enfin, le Garde des sceaux a mis en place une « *commission de réflexion sur l'expertise* [en général] » comprenant des magistrats des deux ordres, chargée d'émettre des préconisations permettant de faciliter l'accès à la justice mais aussi d'améliorer la qualité et la célérité des décisions de justice post-expertise. Cette commission a rendu son rapport en mars 2011²³⁰.

L'étalement de ces initiatives sur la période des dix dernières années souligne la récurrence du problème et la nécessité de poursuivre les efforts.

Non que les mesures citées n'aient pas été utiles mais, comme l'ont confirmé hier et aujourd'hui les intervenants à ce colloque, la tâche de l'expert s'est durant cette même période complexifiée et ce, pour au moins deux raisons :

- les jurisprudences, judiciaire et administrative, en se rapprochant considérablement, se sont sophistiquées afin de respecter fidèlement la volonté du législateur tout en

227 Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

228 Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

229V. *Proposition de réforme de l'expertise médicale judiciaire* du 8 juillet 2009 ; http://mdr.defenseurdesdroits.fr/fic_bdd/pdf_fr_fichier/1237287618_Expertise_medicale_judiciaire.pdf.

230 En ligne sur le site de la documentation française ; <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/114000236/index.shtml>.



appréhendant au plus près la complexité de la réalité médicale. Cela s'est produit tant dans le domaine de la faute entraînant une perte de chance – dont l'ampleur doit être rigoureusement calculée pour cerner le montant du préjudice indemnisable, que dans le domaine de l'accident médical non fautif – qui n'est indemnisé qu'à certaines conditions, que dans celui des infections nosocomiales – dont le législateur n'a pas donné de définition, que dans celui des méthodes d'indemnisation des préjudices – devenues très complexes. Cette sophistication requiert de l'expert une plus grande technicité, non seulement dans son champ de compétence, qui évolue au gré des formidables progrès scientifiques, mais encore dans celui du droit pour qu'il ne s'aventure pas lui-même sur ce terrain, tout en comprenant néanmoins l'enjeu juridique des questions de fait figurant dans la mission d'expertise ;

- parallèlement à cette convergence des jurisprudences vers des solutions sophistiquées, les délais de jugement se sont raccourcis, notamment devant la juridiction administrative qui doit désormais courir derrière ses meilleurs experts, très chargés, pour obtenir d'eux qu'ils rendent leur rapport dans un délai raisonnable...

A ces raisons, s'en ajoute une troisième : peut-être parce que le contentieux de la responsabilité médicale et hospitalière n'est pas un contentieux de masse, (ex. : au sein de la juridiction administrative, ce contentieux comportait 3314 affaires sur les 221 348 affaires enregistrées en 2010). Il n'a pas suffisamment mobilisé les énergies des juridictions et des barreaux, qui n'ont pas pris le temps nécessaire pour aider les experts à accomplir une tâche de plus en plus exigeante.

Le résultat de ces évolutions est que malgré les mesures prises, s'il est un sujet sur lequel s'accordent tous les professionnels du droit, c'est bien celui de l'insuffisance des rapports d'expertise qui conduisent, dans le meilleur des cas, à leur multiplication et donc au rallongement du contentieux et, dans le pire des cas, à des solutions contentieuses contestables lorsque, encadré dans des délais de jugement très stricts, le juge s'est contenté d'une unique expertise.

Mais je ne voudrais pas aujourd'hui céder à la facilité qui consisterait à détailler toutes les difficultés rencontrées par les juges lorsqu'ils essaient d'exploiter les rapports d'expertise.

Je vais plutôt essayer d'esquisser des solutions. Trois types de solutions me semblent nécessaires.

1. Recrutement et formation

a) Pourquoi ne pas rapidement mettre en place un recrutement sinon commun (par regroupement des listes judiciaires et administratives quand elles existent) du moins harmonisé d'un ordre à l'autre, plus sélectif et fondé sur des critères objectifs, transparents et communs, tels que ceux définis par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans son arrêt *Penarroja Fa* du 17 mars 2011²³¹ :

- les compétences techniques ;
- l'intérêt pour la collaboration au service public de la justice ;
- les besoins des juridictions.

²³¹ CJUE, 17 mars 2011, *Joseph Peñarroja Fa*, n° C-372/09 et C-373/09.



Ce recrutement pourrait d'ailleurs être commun aux CRCI...

Quel que soit l'ordre juridictionnel, la prestation de l'expert qui, comme l'a rappelé la CJUE, n'exerce pas une profession réglementée, est soumise aux mêmes exigences, qu'il soit judiciaire, administratif ou CRCI.

Nous avons tous besoin de praticiens en activité ou de jeunes retraités continuant à s'intéresser à l'actualité scientifique : être expert devrait correspondre à une reconnaissance des mérites des meilleurs praticiens (sélection sur articles, sur états de services, etc.). Nous avons tous besoin de neurochirurgiens, de cardiologues, de chirurgiens de l'enfant, de néphrologues, disciplines peu représentées dans les annuaires des compagnies... Nous avons besoin de médecins dont les compétences sont adaptées aux affaires rencontrées : nommer un médecin de ville, même spécialiste, qui ne peut apprécier valablement la qualité d'actes très spécialisés accomplis au sein des services hospitaliers et qu'il ne pratique pas, n'a pas de sens.

b) Pourquoi ne pas mettre en place une formation commune (juge judiciaire, juge administratif et CNAMed) plus adaptée à la complexification de la fonction d'expert de justice ?

Il est important que l'expert de justice, quel que soit l'ordre juridictionnel où il officie, prenne la mesure exacte de son rôle par rapport aux parties (et à leurs avocats et médecins-conseils) mais aussi par rapport au juge dont il est l'auxiliaire :

- sur les règles du procès civil (comme cela est fait chez les juges judiciaires) et administratif (comme cela n'est pas fait chez les juges administratifs dont les experts ignorent le pouvoir qui est désormais le leur de saisir le juge lorsqu'il leur apparaît que le périmètre de leur mission est trop restreint ou lorsqu'ils se heurtent à une difficulté en cours d'expertise : s'ils connaissaient ce pouvoir, ils permettraient d'éviter le phénomène d'expertise-shopping dont il sera question tout à l'heure)²³² ;
- sur les principes de la responsabilité et de la solidarité (ce qui n'est fait que rarement par les compagnies...) afin de leur permettre de comprendre le sens juridique des questions de fait incluses dans leurs missions ;
- sur leurs obligations déontologiques.

Certes, l'État ne peut imposer une formation, en définir le contenu ni agréer des organismes de formation dès lors qu'il ne s'agit pas d'une profession réglementée.

Il peut cependant recommander aux compagnies d'experts de proposer ou développer une offre de formation commune préalable à l'inscription à la fois en compagnonnage avec un bon expert et sous forme de cours, suivie d'une période probatoire, pendant laquelle ils feront une expertise qui sera elle-même évaluée. Puis, c'est sur la base de cette évaluation qu'ils seront inscrits (cf. chartes régionales conclues entre les compagnies d'experts, les juridictions judiciaires et les avocats).

Dans les tribunaux administratifs, il serait envisageable d'organiser périodiquement des réunions de travail entre experts et magistrats traitant le contentieux de la responsabilité hospitalière.

232 Faculté ouverte à l'expert dans le cadre du référé instruction des art. L. 532-1 s. CJA , sp. art. L. 532-3.



2. Désignation et missions

Je voudrais insister tout particulièrement sur ce deuxième point.

Il est indispensable que les deux ordres juridictionnels élaborent des missions-types d'expertise communes, adaptées à l'évolution de la jurisprudence et « au cas d'espèce » (spécialisées, par exemple sur l'infection nosocomiale, ou générales et couvrant le champ de la faute : faute entraînant une indemnisation totale, faute entraînant une simple perte de chance comme le défaut d'information et la faute de diagnostic, mais aussi le champ de l'aléa thérapeutique, dit aussi « accident médical non fautif »).

Doter l'expert d'une telle feuille de route dès la première expertise permettrait à celle-ci d'épuiser le débat factuel et d'éviter « l'expertise-shopping ».

J'appelle « expertise-shopping » la tendance récente des victimes à cumuler les expertises au motif que la première est incomplète ou insuffisante.

Le scénario idéal serait celui-ci : dès sa saisine, le juge des référés devrait être informé par le requérant, sinon par le défendeur, de l'existence ou non d'une autre expertise (par exemple, une expertise CRCI).

Si une première expertise contradictoire existe et si la nouvelle demande a, non pour objet de compléter ou d'étendre celle-ci, mais de contester la manière dont l'expert a rempli sa mission ou les conclusions de son rapport, cette demande devrait être rejetée comme relevant de la seule compétence du juge du fond du litige, à qui il est loisible, s'il l'estime nécessaire, d'ordonner une mesure d'instruction supplémentaire.

Une expertise réussie est une expertise dont la mission a été exhaustivement et rigoureusement définie. Or, beaucoup reste à faire d'une juridiction à l'autre, voire d'un juge à l'autre au sein d'une même juridiction, pour améliorer et homogénéiser les missions actuelles.

Il est fréquent de constater que les experts sont confrontés à des questions redondantes, contradictoires, inutiles, trop ou pas assez détaillées, présentées en ordre dispersé, et même irrégulières (questions conduisant le juge à porter des qualifications juridiques : « l'infection est-elle nosocomiale ? », « le dommage est-il une conséquence anormale au regard de l'état antérieur et de son évolution prévisible ? »).

3. Évaluation et rémunération

a) Il me paraît également indispensable de mettre en place dans chaque juridiction une évaluation interne, coordonnée et périodique du travail mené par les experts : les juges des référés, les juges « du contrôle » chez le juge judiciaire ou « du suivi » chez le juge administratif et les juges du fond devraient coopérer dans ce sens.

Certes, le juge n'est pas physiquement présent aux opérations d'expertise, mais :

- il peut l'être désormais (cf. réforme récente du code de justice administrative qui permet aux chefs de juridiction de déléguer à un magistrat ce rôle : cette



délégation n'est pas obligatoire mais devrait, à mon sens, être systématique dans les grosses juridictions)²³³ ;

- il doit se montrer disponible envers l'expert : le juge administratif dispose désormais des mêmes pouvoirs de contrôle que le juge judiciaire pour épauler l'expert en cas de défaillance d'une partie (injonctions, audience expertale en cours d'expertise) et l'expert ne doit pas hésiter à faire appel à lui afin d'éviter que l'expertise ne soit l'objet de détournements procéduraux à des fins dilatoires ou que le cours du procès ne soit suspendu ou ralenti à raison du déroulement défectueux de l'expertise. Trop d'experts administratifs craignent de solliciter le juge, pensant que leur démarche sera interprétée comme révélant une incapacité à « contrôler » la situation...

Par ailleurs, eu égard à la spécialisation croissante du contentieux médical, il serait utile que le juge du fond soit :

- associé aux questions que se pose le juge des référés lorsqu'il est saisi d'une demande d'expertise ou, du moins, collabore à l'élaboration de nouvelles missions-types (qui lui éviteraient d'ordonner des compléments d'expertise en raison des défaillances de la mission de référé) ;

- sollicité par le juge du suivi ou du contrôle si, en cours d'expertise, se pose un problème technique d'interprétation d'une question posée par une mission du juge des référés...

Ce travail de coordination interne permettrait, chaque année, de faire le point sur « les diligences accomplies, le respect des délais et la qualité du travail fourni » par les experts nommés par la juridiction et de réunir des éléments d'évaluation qui seraient transmis aux cours d'appel chargées d'établir les listes d'experts.

b) Quant à la rémunération des experts judiciaires (130 euros/heure), je ne vois pas en quoi elle pose problème : il est d'ailleurs curieux de constater que nos meilleurs experts en sont satisfaits, les récriminations à cet égard, orchestrées par les compagnies, proviennent des experts les moins performants...

Puisque les codes de procédure des deux ordres prévoient désormais que les parties sont invitées à donner leur avis sur les honoraires sollicités par l'expert, il ne serait pas inutile qu'elles s'expriment à ces occasions afin d'aider les juges taxateurs à remplir au mieux leur mission délicate.

Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

En complément de Mme le président Mille, Mme le président Feltz va nous faire part de son opinion.

233 V. art. R. 621-1-1 CJA.

Je vais vous parler de la mise en œuvre de l'expertise devant les CRCI. L'expertise est effectivement le pivot du système d'indemnisation amiable prévu par la loi du 4 mars 2002. Elle est calquée sur les procédures d'expertises juridictionnelles avec, cependant, certaines spécificités.

1. Les généralités de l'expertise CRCI

Les articles L. 1142-9 à L. 1142-13 et R. 1142-24 à R. 1142-41 du code de la santé publique concernent la procédure d'expertise applicable au règlement amiable devant les CRCI. L'expert doit se prononcer sur l'existence et l'origine d'un dommage, dire si ce dernier est directement imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins. Au vu des conclusions, il y aura lieu d'indemniser, ou non, les conséquences dommageables survenues à la suite d'un accident médical, fautif ou non fautif, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale, si le fait générateur est postérieur au 4 septembre 2001 et si les seuils de compétence sont atteints. Au vu du rapport d'expertise, la Commission rend un avis sur les circonstances du dommage, les causes, la nature, l'étendue de ce dommage et sur le régime d'indemnisation applicable.

2. Les spécificités de l'expertise CRCI

La gratuité de l'expertise CRCI - Devant la CRCI, l'expertise est gratuite. Le demandeur n'a donc pas à avancer les frais d'expertise, qui sont pris en charge par l'ONIAM²³⁴.

L'ONIAM peut se faire rembourser ces frais par l'assureur d'un professionnel de santé ou (et) d'un établissement de santé, public ou privé, déclaré(s) responsable(s) par l'avis rendu par la CRCI lorsque, sur la base de cet avis, l'assureur émet une offre transactionnelle.

La collégialité- L'expertise est collégiale. Devant les juridictions, le principe est la désignation d'un expert unique, sauf motivation de la décision du juge qui désire désigner deux experts en raison notamment de la complexité de l'affaire.

Le principe devant la CRCI est une expertise collégiale. Le président de la CRCI, si l'affaire est simple, pourra ne désigner qu'un seul expert mais la collégialité offre l'avantage d'une technicité complémentaire des experts, souvent nécessaire en matière médicale où plusieurs problèmes relevant de diverses spécialités sont souvent posés, tels qu'un problème de chirurgie orthopédique et d'infection ou un problème de chirurgie orthopédique et de neurologie, etc.

Cette collégialité garantit en outre l'objectivité et l'indépendance indispensables.

3. La désignation des experts

L'expertise est diligentée par la commission chaque fois que les critères de recevabilité apparaissent remplis.

²³⁴ Art. L. 1142-12 alinéa 8 du code de la santé publique.

La commission rejette la demande si les seuils de compétence ne sont manifestement pas atteints (décision d'incompétence manifeste) ce qui permet au requérant de solliciter une conciliation. Une expertise préalable peut être ordonnée lorsqu'un doute existe sur les seuils de compétence.

Les experts doivent être choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux, liste qui est établie par la CNAMed. C'est elle qui inscrit les experts, dans chacune des spécialités, pour 5 années après évaluation de leurs connaissances. Elle se charge de leur formation en matière de responsabilité médicale et les réévalue au terme des 5 années avant de les réinscrire.

La CNAMed demande aux présidents des CRCI des évaluations des experts et veille également à l'harmonisation du dispositif.

Afin d'aider les experts dans l'exécution de leur mission, la CNAMed a établi un livret de l'expert, qui est un outil précieux. Elle est également garante de la compétence et de l'indépendance des experts.

La liste des experts établie par la CNAMed n'est pas encore assez étendue en ce qu'elle compte environ 300 experts inscrits. Or les présidents des CRCI en 2010, ont ordonné 3947 expertises et, au 19 octobre 2011, nous avons déjà ordonné 3129 expertises. 300 experts ne peuvent pas répondre à eux seuls à ces demandes compte tenu de la diversité géographique et de certaines spécialités sous-représentées telles que la pédiatrie, la rhumatologie, la neurologie, l'oncologie, etc. Nous avons donc recours également aux experts judiciaires.

Il arrive que des experts se refusent uniquement parce qu'ils sont trop chargés et craignent, compte tenu du nombre de missions en cours, de ne pouvoir respecter les délais.

Ces délais devant la CRCI sont relativement brefs puisqu'entre le moment où le dossier est complet, le patient ayant adressé toutes ses pièces, et le moment où l'avis doit être rendu, il doit s'écouler six mois dont quatre mois sont impartis aux experts pour réaliser leur mission.

L'autre problème souvent rencontré sur les 5 commissions que je préside est celui lié à la désignation d'experts locaux, et ce, pour des raisons d'impartialité. Cependant, il est difficile de trouver des experts, éloignés géographiquement, acceptant de se déplacer lorsque l'état de santé du demandeur le justifie (personnes lourdement handicapées, en fauteuil roulant, très âgées, avec des problèmes d'auto-sondages fréquents dans la journée, etc.).

En outre, l'expertise est gratuite mais les frais pour venir à l'expertise restent à la charge des patients de sorte que certains préfèrent renoncer à la procédure plutôt que d'exposer des frais d'ambulance ou plus généralement de transport.

Ces difficultés se posent au quotidien dans la gestion de nos dossiers, sans compter les parties qui ne se rendent pas, pour diverses raisons, aux convocations des experts, les problèmes liés aux extensions de mises en cause qui s'avèrent nécessaires après un premier *accedit* et qui obligent les experts à reconvoquer ce qui génère un allongement des délais.



Voilà les contraintes auxquelles nous devons faire face.

L'Île de La Réunion, en ce qui me concerne, pose des problèmes très spécifiques. Désigner des experts sur l'Île même entraîne de sérieux problèmes d'impartialité et il est difficile de trouver des experts de métropole qui acceptent de se déplacer. La rémunération pour les expertises CRCl, est de 700 euros, de 150 euros pour un rapport de carence, et de 350 euros pour une expertise de post consolidation.

Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

Docteur Biclet, en tant qu'expert, participant à la formation des experts, et compte tenu de l'importance de l'expertise, des qualités que l'on attend de l'expert et des critiques qui lui sont adressées, nous sommes curieux d'entendre votre point de vue.

Philippe Biclet

Expert près la cour d'appel et la cour administrative d'appel de Paris,

Conseiller à l'Ordre national des médecins,

Rédacteur en chef de la revue Médecine & Droit

M. le Président, c'est une lourde tâche ici, devant des magistrats, devant des avocats, devant une assemblée aussi prestigieuse, dans de tels lieux, d'exprimer la position des experts. Je le ferai non pas comme accusé mais comme témoin, pour vous dire modestement ce que nous vivons au jour le jour. Je pense qu'il faut améliorer les procédures expertales. Cela va dans le sens des rapports de la commission Bussière²³⁵ et du Médiateur de la République²³⁶, ainsi que dans celui de la proposition de loi Jardé qui va être inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale²³⁷.

Il faut donc avoir des propositions concrètes, d'autant que les magistrats auront de plus en plus besoin d'experts en raison de la complexification des activités humaines et de la judiciarisation qui va croissant dans notre société.

Aux experts, vous demandez quatre types de qualité.

Des qualités scientifiques : un haut niveau scientifique de base, actualisé, et en même temps pratique. Il faut avoir pratiqué dans différents cadres. Je pense particulièrement que pour réaliser des expertises administratives, il faut soit même pratiquer ou avoir pratiqué récemment dans un établissement hospitalier.

Ces connaissances scientifiques, il va falloir que l'expert puisse en témoigner dans son rapport en procédant à une analyse de la littérature scientifique, en triant toutes les recommandations, en dégageant celles qui sont opposables, celles qui

235 Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise, mars 2001, commission présidée par Mme Chantal Bussière et M. Stéphane Autin, formée à la demande du Garde des Sceaux.

236 Proposition de réforme de l'expertise médicale judiciaire, Médiateur de la République, 8 juillet 2009 préc.

237 Proposition de loi AN n°3740 modifiant la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 septembre 2011.



le sont moins, de manière hiérarchique, et en citant tous les textes administratifs applicables dans certains domaines, comme par exemple les affections nosocomiales.

A ces qualités scientifiques, il faut ajouter un minimum de qualité, de compétence juridique. Nous avons à répondre à des missions qui peuvent être des missions données par l'ordre judiciaire, un magistrat civil ou un magistrat pénal, des missions données par le tribunal administratif, ou encore par la CRCI. Or, les préoccupations de chacun de ces acteurs sont différentes. Le magistrat de l'ordre administratif va s'intéresser à la qualité de l'acte médical, mais aussi à la responsabilité globale de l'équipe de soin, alors que le magistrat judiciaire aura besoin de voir dégager des responsabilités personnelles. Le magistrat pénal a comme souci de savoir s'il y a une qualification pénale, et pour les CRCI le problème de l'indemnisation est extrêmement important.

Nous avons donc à connaître à la fois les préoccupations des acteurs et les particularités procédurales de chacune de ces instances.

Autre qualité, les qualités rédactionnelles. Nous avons à nous adresser à des personnes qui ne sont pas des professionnels de notre science. Il faut donc utiliser une terminologie qui soit accessible et non « jargonnante », un raisonnement qui soit clair et qui ne soit pas contradictoire. Nous allons avoir aussi un souci de la maîtrise de la langue française, un conditionnel n'est pas un futur, et chaque terme de vocabulaire a son importance.

Quatrième qualité que l'on demande à l'expert, des qualités déontologiques et humaines. Des qualités déontologiques, nous en parlerons dans la deuxième partie de l'intervention, mais les qualités humaines il faut les avoir pour mener une réunion d'expertise où nous avons un demandeur ou une famille de demandeurs, victime ou ressenties victimes, qui n'a pas forcément une appréciation objective de la manière dont elle a été soignée et de la faute qui a été commise, mais qui a un ressenti.

Je citerai une de mes expertises où une demandeuse reprochait au médecin endoscopiste non pas d'avoir été l'auteur d'une perforation, mais de lui avoir dit le lendemain après l'intervention, « Madame, vous avez les intestins d'une vieille femme ». Cette femme de trente ans a considéré que c'était l'offense suprême et pendant toute la réunion d'expertise, c'était ce qui revenait. Ce message, nous avons à l'écouter, à le décrypter, et nous avons aussi, lorsque cela est possible, à effectuer une sorte de « pansement » car l'expertise a aussi une vertu thérapeutique. Je pense aussi à une patiente qui avait une hépatite C, à laquelle le médecin généraliste avait interdit de prendre dans ses bras ses petits-enfants. Depuis dix ans, elle ne pouvait pas embrasser ses petits-enfants et elle me disait « pour moi, c'est ce que je vis de pire dans ma situation ». C'était scientifiquement idiot, encore fallait-il lui dire avec une certaine solennité.

Je pense aussi à des qualités d'autorité pour mener une réunion d'expertise. A la demande d'une CRCI, je m'étais rendu au domicile d'une patiente qui, lourdement appareillée, ne pouvait pas être déplacée. Le chef de service de l'hôpital était venu également, ce qu'il aurait très bien pu ne pas faire, puisque sa responsabilité personnelle n'était pas engagée. Mais il voulait s'expliquer. Il fut accueilli par la



famille de manière extrêmement agressive sur le pas de la porte, aux cris de « *voilà l'artiste !* ». J'ai été obligé de m'interposer pour éviter, non pas qu'il soit molesté, mais au moins pour qu'on accorde à ses propos le minimum d'attention et de respect, afin que l'expertise puisse se dérouler sereinement.

Telles sont les exigences que vous nous demandez. L'expert qui se porte candidat pour ces missions doit en être bien conscient.

Les compagnies d'experts qui sont chargées d'aider les magistrats pour la sélection des experts ont un rôle à jouer, et nous sommes demandeurs. Je pense particulièrement à la compagnie des experts auprès de la cour administrative d'appel de Paris, pour vous aider dans cette sélection qui est à la fois une sélection sur des qualités scientifiques, rédactionnelles et morales.

Mais je suis aussi tout à fait d'accord avec ce qui vient d'être dit par les orateurs qui m'ont précédé. Nous avons besoin, d'une interrogation de la part des magistrats lorsque notre rapport est défaillant, qu'il est mal formulé, ou lorsque nous ne répondons pas précisément à la question qui nous est posée parce qu'elle n'est pas nécessairement la question que nous nous posons. Et nous avons besoin d'une évaluation. Cette évaluation, nous ne l'obtenons finalement qu'à travers le contradictoire, à travers les dires des avocats, qui nous adressent des critiques ou des approbations.

Nous sommes toutefois un peu dans l'attente des magistrats. Nous souhaitons qu'ils puissent à la fois nous évaluer, nous juger et nous conseiller. Aujourd'hui, il n'y a pas d'activité humaine à laquelle une évaluation de la qualité ne soit attachée.

Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation
Président de la table ronde

Attente des magistrats à l'égard des experts, attente des experts à l'égard des magistrats, M. le professeur Pellet, faites-nous part de votre sentiment.

Rémi Pellet

Professeur de droit des universités et enseignant à Sciences Po

Je livrerai quatre observations. En fait, ce seront deux critiques suivies de deux propositions tirées de l'ouvrage que j'ai dirigé et publié en 2008 sur le sujet.

Première critique, concernant la rémunération des experts devant les CRCI. Mme la présidente Feltz nous dit que les experts en sont satisfaits. Il me semble cependant nécessaire de prendre en compte le statut professionnel de l'expert. Un expert professeur des universités-praticien hospitalier (PUPH) reçoit deux rémunérations et même une troisième lorsqu'il a un secteur privé. Comme il va faire l'expertise sur son temps universitaire, une rémunération supplémentaire de mille euros est pour lui évidemment très satisfaisante. Mais l'expert médecin libéral est dans une situation qui n'est pas comparable parce qu'il va devoir, lui, renoncer à recevoir deux ou trois patients pour pouvoir réaliser l'expertise : la rémunération de cette expertise couvre seulement, à peu près, sa perte financière ou le surcroît de travail.

Autre observation critique. Comme je l'ai dit dans mon propos introductif, les médecins qui siègent dans les CRCI jouent, si j'en juge par mon expérience personnelle, un rôle très positif de « contre-experts » qui éclairent les qualités et défauts des expertises. En revanche, j'ai été frappé par le fait que les représentants des patients au sein de la CRCI du Nord-Pas-de-Calais ne s'exprimaient quasiment jamais. Je me suis d'abord dit que c'était une caractéristique propre à cette CRCI mais il semble que cela soit en fait assez fréquent. C'est regrettable dans la mesure où les représentants des patients pourraient acquérir eux-mêmes une certaine compétence technique en participant aux débats de la commission dans laquelle ils siègent, afin de mieux comprendre les expertises.

Sur ce, la première proposition que je souhaiterais faire s'inspire des travaux de M. Patrick Matet, magistrat, qui était rapporteur d'une commission, à laquelle j'ai eu l'honneur de participer, organisée en 2005 par le premier président de la Cour de cassation, M. Guy Canivet, sur le sujet des expertises judiciaires telles qu'elles sont pratiquées dans les pays de *common law* et dans les pays de droit romano-germanique.

De cette comparaison, je retiendrai, pour résumer, que dans la procédure judiciaire civile française « dès que l'expert a déposé son rapport, ni les parties ni le juge n'ont plus de contacts avec lui », tandis que dans certaines procédures anglo-saxonnes, australienne notamment, les experts sont passés au « *Hot Tube* » c'est-à-dire à l'épreuve de la question, du contradictoire : cette technique impose à l'expert de remettre un rapport écrit, puis les avocats, dans une audience uniquement consacrée à l'audition de l'expert, lui posent des questions selon le principe classique de la *cross-examination*, c'est-à-dire qu'il est interrogé et contre-interrogé.

Or, les défauts de la procédure judiciaire civile française se retrouvent devant les CRCI : certes, l'expertise est contradictoire mais l'expert n'est pas là ensuite pour répondre de son rapport devant la commission et les parties. Il me semblerait pourtant souhaitable que l'audition contradictoire de l'expert ait lieu lorsque l'affaire est particulièrement grave. J'ai bien sûr conscience des difficultés pratiques de mise en œuvre de cette proposition : déplacement et rémunération supplémentaire de l'expert, risque d'allongement de la durée de procédure, etc. Il me semble cependant qu'une telle mesure permettrait de prévenir certaines erreurs et d'améliorer la qualité des expertises.

Certes dans les cas des dommages médicaux les plus graves, les juridictions sont quasiment toujours saisies après la CRCI, de sorte que de nouvelles expertises sont ordonnées par les juges. Mais une expertise approfondie, collégiale et contradictoire devant une commission permettrait peut-être de réduire ces recours juridictionnels. De surcroît, la même procédure d'audition contradictoire des experts devrait être également appliquée devant les juridictions civiles, comme elle l'est déjà devant certaines juridictions pénales, les cours d'assises notamment, où les experts sont convoqués pour répondre publiquement de leur rapport. Certaines affaires récentes, celle d'Outreau notamment, ont montré que l'audition contradictoire et publique des experts peut révéler les limites de la compétence réelle de ces derniers.



Ma deuxième proposition, concerne l'usage scientifique des expertises.

Chaque année devant les juridictions et les CRCI sont produites plusieurs centaines d'expertises, peut-être des milliers. Que deviennent-elles une fois qu'elles ont servi au règlement des cas particuliers pour lesquels elles ont été demandées ? Réponse : personne n'en fait rien. Je sais que Mme Duval-Arnould a suggéré la constitution d'une base de données d'indemnisation et je comprends que les magistrats aient besoin d'une telle base pour évaluer leur capacité à fixer les bonnes indemnisations par rapport aux pratiques de leurs collègues. Mais il me semble très important d'aller plus loin. L'ONIAM et des scientifiques indépendants devraient être mis en mesure de colliger toutes les expertises médicales, préalablement « anonymisées », de certaines disciplines à risque, telle par exemple l'obstétrique, afin d'en apprécier la qualité, d'en tirer des « recommandations de bonnes pratiques » utiles à l'ensemble des praticiens et, surtout, d'améliorer la formation des experts.

Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

J'ajouterai juste pour un mot dans une matière qui est celle que je possède le mieux : la procédure civile. Il est vrai que les experts et le juge doivent rester en permanence en contact. Le juge choisit son expert sur une liste bien entendu, mais il ne faut pas qu'il hésite à téléphoner à l'expert pour lui dire « tel est le problème que j'ai à résoudre, êtes-vous l'expert qualifié pour faire cette mission ? ». Or, très souvent l'expert au bout du fil répond « pas du tout, on m'a inscrit à cette rubrique, mais en réalité, ma spécialité n'est pas du tout celle-ci, mais celle-là ». Cette démarche permet au juge de savoir qu'il ne doit pas lui confier son expertise et qu'il doit chercher un autre expert. Cela évite des retards, des mauvaises expertises etc.

A l'inverse, l'expert, lorsqu'il rencontre une difficulté doit en rendre compte au juge : c'est le code de procédure civile qui le dit . Rien n'empêche à l'expert d'avoir des contacts fréquents avec le juge, de lui rendre compte de sa mission : « j'ai telle difficulté », « j'ai besoin d'une mission complémentaire », « j'ai besoin d'un délai complémentaire », (cela généralement, il le fait), « d'une provision complémentaire ». Rien ne lui empêche d'être toujours en rapport simplement par téléphone ou par mail puisque maintenant ce mode de communication existe et fonctionne bien.

A présent, je pense qu'il est temps d'aborder notre deuxième partie de la table ronde consacrée aux devoirs de l'expert. Nous avons parlé tout à l'heure de code de bonne conduite. Notre question recouvre un petit peu la même chose car nous allons parler de l'information de la personne qui va se rendre à l'expertise, du respect du principe de la contradiction, de la transparence, de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert, des qualités du dossier médical et du contenu du rapport de l'expert.

Et nous reprenons dans le même ordre. Mme le président Mille, je vous donne la parole.

Avant d'intervenir dans le cadre de cette seconde partie, je voudrais répondre au docteur Biclet qui vient d'affirmer que l'expert médical n'exerce pas le même office d'un ordre juridictionnel à l'autre, au motif qu'il serait chargé de déterminer des responsabilités individuelles pour le juge civil et des responsabilités collectives (celles du service public hospitalier) pour le juge administratif.

Autant nous soutenons les experts lorsqu'ils réclament plus de formation et d'évaluation ainsi que des missions plus claires, autant nous ne pouvons pas laisser dire que le travail expertal est rendu difficile par la dualité juridictionnelle. Le critère de partage des compétences entre les ordres n'est pas le service public hospitalier mais la nature publique ou privée de l'établissement de soins. L'expert peut, devant le juge civil, être confronté à des problèmes d'organisation et de fonctionnement du service dans des litiges mettant en cause des cliniques privées chargées contractuellement d'une mission de service public hospitalier. De même est-il souvent confronté à des problèmes posés par des comportements individuels de soignants dans le cadre d'hôpitaux publics (médecins négligents ou inattentifs par exemple). En outre, les procédures expertales se sont considérablement rapprochées d'un ordre à l'autre, au point que les seules divergences réelles concernent la conciliation (interdite à l'expert dans le cadre civil) et le mode de désignation du sapiteur (qui, dans l'ordre administratif, doit être désigné par le juge et non par l'expert).

Il n'existe pas de code de déontologie du médecin-expert. Seuls figurent dans le code de la santé publique les articles R. 4127-105 à 108 (4 articles !) qui sont inclus dans le code de déontologie des médecins et régissent l'exercice de la médecine d'expertise.

Par ailleurs, on peut constater une grande dispersion des devoirs et obligations des experts dans diverses dispositions du code de procédure civile, de la loi de 1971 modifiée en 2004 sur les experts judiciaires et le code de justice administrative.

D'où l'élaboration d'un code des bonnes pratiques sous l'égide de la Cour de cassation, fruit d'un travail collectif (juges, avocats et experts) et contenant des recommandations précieuses.

1. La compétence, l'indépendance et l'impartialité

Compétence de l'expert – l'expert doit savoir refuser une mission (R. 4127-106 du code de la santé publique) lorsqu'elle n'entre pas dans son champ de compétence (au lieu de se dire qu'il fera appel à un sapiteur) ou lorsqu'il n'a pas exercé de responsabilités comparables à celles du chef de service mis en cause (ex. : un urgentiste dans le privé ne connaissant pas le fonctionnement et les contraintes d'un gros service des urgences de l'AP-HP).

Indépendance de l'expert (R. 4127-105 du code de la santé publique) – compétence et indépendance ne sont pas toujours faciles à conjuguer, surtout dans le domaine des spécialités pointues (les grands spécialistes se connaissent tous, se sont formés au contact les uns des autres, sont parfois d'un loyalisme viscéral à l'égard de

l'institution qui les a « nourris ») même s'il a été jugé que la seule appartenance d'un expert à l'AP-HP ne saurait être, en elle-même, considérée comme un obstacle à sa désignation dans une affaire mettant en cause cet établissement public (arrêt de la cour administrative d'appel de Paris). Aussi, l'expert, pour cette raison également, doit savoir, en son âme et conscience, faire preuve d'une grande lucidité sur sa capacité à apprécier librement les faits litigieux (déclaration d'indépendance à faire signer).

Impartialité de l'expert – proche de celle d'indépendance, cette exigence n'est pas toujours satisfaite ; le rapport est parfois confus, d'un style contourné, truffé de formules sibyllines (ex. : « Il n'y a pas d'équivoque possible entre le dommage et l'intervention chirurgicale » : l'expert, interrogé par mes soins, a répondu qu'il y avait eu « bien sûr » une faute médicale...). Certains experts, au contraire, exerçant dans le privé, accablent les médecins de l'AP-HP qu'ils ont côtoyés plus jeunes à l'hôpital, d'autres experts, PU-PH, semblent régler leurs comptes avec leurs anciens rivaux (pour un poste de chef de service) etc. A l'inverse, des « compérages » peuvent se produire entre médecins faisant des travaux communs (cf. arrêt *Dumont* du Conseil d'État) Il n'est pas toujours facile de déceler ces dérapages : c'est là que l'AP-HP pourrait exercer son droit de demander la récusation d'un expert car elle sait quelles sont les rivalités qui les opposent... Et il est heureux qu'une prochaine loi prévoie une « déclaration de conflits d'intérêts » à faire signer par les intéressés.

2. La transparence et le principe du contradictoire

Avec l'arrêt *Mantovanelli* de 1997, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que : « *le respect du contradictoire d'une procédure implique, lorsque le tribunal ordonne une expertise, la possibilité pour les parties de contester devant l'expert les éléments pris en compte par celui-ci pour l'établissement de sa mission* » et que la seule possibilité de contester le rapport devant le tribunal ne permet pas une mise en œuvre efficace du contradictoire, « *ledit rapport étant, à ce stade, définitif* »²³⁸.

Certains ont cru que cette jurisprudence remettait en cause celle du Conseil d'État selon laquelle une expertise reconnue irrégulière pour n'avoir pas été contradictoire n'en demeure pas moins une pièce du dossier, soumise à la critique des parties et utilisable en tant que telle par le juge²³⁹.

En réalité, ces commentateurs se sont contentés d'une lecture partielle de l'arrêt qui a ajouté : « *il ne peut être déduit de cette disposition un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte* »²⁴⁰.

Ce n'est donc que lorsque les conclusions de l'expertise peuvent influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits par le juge que le respect du contradictoire doit être très strictement appliqué à l'expertise elle-même.

238 CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, n° 21497/93.

239 V. CE, 18 mars 1988, *Adnane*, n°49443, inédit au Rec ; CE, 29 novembre 2000, *Commune des Ulis*, n° 187961, inédit au Rec.

240 Affaire *Mantovanelli c. France*, préc. pt. 33.



La présence des parties aux réunions d'expertise (dans l'affaire *Mantovanelli*, les requérants n'avaient pas été convoqués à ces réunions...) est fondamentale à cet égard car elle peut fortement affecter le contenu des conclusions de l'expert. Il en est ainsi lorsque l'ONIAM n'est pas représenté lors d'une réunion au cours de laquelle l'expert estime qu'aucune faute médicale ne peut être retenue et que l'accident remplit les conditions d'un aléa thérapeutique indemnisable sur le fondement de la solidarité.

Le rapport est l'aboutissement d'un travail d'investigation, d'explications préliminaires, de présentation des pièces du dossier, d'écoute, de questionnements, de recherches et de rédaction qui doit être mené rigoureusement. Sa qualité est subordonnée au respect d'une démarche transparente et contradictoire qui s'amorce dès le début des opérations d'expertise et qui comprend plusieurs temps.

Tout d'abord, lors des réunions d'expertise :

- l'expert doit (cf. L. 4127-107 du code de la santé publique) s'assurer que les parties ont bien compris son rôle exact et celui des autres participants (surtout les victimes non assistées d'un professionnel du droit ni d'un médecin-conseil) en leur expliquant qu'il n'est pas dans une relation « médecin/malade » mais dans une relation « expert/victime », ce qui lui permet de prendre de la distance, tant à l'égard du requérant (en restant bien sûr humain mais sans empathie) qu'à l'égard du défendeur (l'expert n'est plus un « confrère » du défendeur pendant l'expertise !). La victime se sentirait moins seule et moins réduite, à son insu, à la condition « d'objet d'expertise » si elle était suffisamment informée pendant ce temps fort de la réparation qu'est la réunion d'expertise ;
- l'expert doit ensuite s'assurer que les parties ont bien eu communication des mêmes pièces du dossier médical que celles dont il dispose et qu'il a obtenues, soit parce qu'il a été mandaté pour ce faire par la victime, soit parce que celle-ci les lui a communiquées.
- l'expert devrait après, au lieu d'inviter d'emblée les parties à donner leur version des faits, exposer ceux-ci tels qu'il les a reconstitués sur la base de ces pièces. Au cours de cette reconstitution, les parties seraient invitées à interrompre l'expert afin de préciser certains points, corriger son interprétation des pièces, souligner des « oublis » ou pointer les défauts du dossier. Cela permettrait d'éviter de longues (et coûteuses!) réunions tout en permettant à l'expert de procéder à une reconstitution fidèle de ce qui s'est passé. Le travail préalable d'étude et d'appropriation du dossier que cette démarche suppose permettrait à l'expert de « conduire » véritablement l'expertise tout au long des opérations (comme un juge conduit les débats lors d'une audience) et d'éviter de se laisser « déstabiliser » par les différentes parties.

Ensuite, lorsque plusieurs réunions sont nécessaires, l'expert pourrait établir, à la suite de chacune, une note mentionnant ses constatations, les demandes qu'il adresse aux parties, le calendrier des opérations à venir et l'état actuel de ses frais et honoraires : le tout étant adressé au juge « du contrôle » ou « du suivi ».

Puis, si la complexité et la controverse le nécessitent, l'expert pourrait établir un document de synthèse qu'il soumettrait à la discussion des parties avant de déposer



son rapport. Ce « pré-rapport », non prévu mais non interdit devant les juridictions administratives, contribuerait à parfaire le débat contradictoire et susciterait des direx auxquels l'expert serait tenu de répondre, ce qui faciliterait grandement le travail du juge du fond lorsqu'il serait saisi d'argumentations techniques critiquant les conclusions de l'expert.

Enfin, la construction et la rédaction du rapport d'expertise lui-même nécessitent un soin tout particulier : certes, il existe une trame classique (préambule, exposé des faits, présentation des données cliniques, discussion, conclusions, annexes) mais si la partie « présentation des données cliniques » est, en général suffisamment détaillée, la partie « discussion » est le plus souvent défailante.

Il serait de bonne pratique que l'expert, comme le juge lorsqu'il construit un jugement, après avoir exposé les faits tels qu'ils résultent des pièces du dossier, présente les « règles de l'art » régissant le traitement du cas clinique rencontré, avant d'analyser les faits précédemment exposés au regard de ces règles, pour enfin en déduire que des erreurs, négligences, oublis, retards etc. ont été (ou non) commis.

Cette analyse critique des faits en litige devant être rédigée en termes clairs, compréhensibles par les parties, en limitant si possible l'usage du vocabulaire technique (ou en le traduisant en langage simple).

Pour conclure, je dirai que, contrairement à ce que pensent les experts qui se croient « méprisés » par les juges lorsque ceux-ci leur demandent de ne pas s'aventurer sur le terrain juridique, il leur est demandé, en tant qu'auxiliaires de justice, d'adopter la même démarche rigoureuse que celle des juges, à la différence que la confrontation des faits à laquelle ils se livrent doit se faire au regard des règles de l'art et non au regard des règles de droit.

Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

Merci beaucoup, je passe la parole à Mme le président Feltz.

Annick Feltz

Présidente de CRCI

En ce qui concerne les devoirs de l'expert devant la CRCI, c'est un peu la même chose que devant les juridictions.

1. Indépendance et impartialité - Les experts doivent être indépendants vis-à-vis des parties en présence et doivent se récuser en cas de conflits d'intérêt ou s'ils sont missionnés dans un domaine qui n'est pas de leur compétence et demander la désignation d'un co-expert, s'il y a lieu, dans un domaine de compétence très spécifique, le spécialiste pouvant être choisi sur la liste des experts judiciaires si la nature de l'affaire le justifie.

L'article R. 1142-30-1 du code de la santé publique rappelle les notions d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice des missions d'expertise.



Il est évident que sont exclus du collège d'experts, le médecin conseil de la victime et le médecin conseil de l'assurance du responsable. L'expert ne doit pas appartenir ou avoir appartenu au même établissement de santé que celui dans lequel se trouve le médecin mis en cause. La collégialité est garante d'une plus grande objectivité et indépendance.

Lorsque les parties se présentent devant la commission, elles expliquent parfois avoir eu l'impression lors de la réunion d'expertise que « tout était fait d'avance, car le médecin conseil tutoyait l'expert ».

2. L'information de la personne expertisée (ou de ses ayants droits) - La CRCI adresse toujours une note explicative sur le déroulement de l'expertise lorsqu'elle envoie la mission d'expertise à la victime. L'expert doit bien ré-expliquer son rôle. Le livret de l'expert de la CNAMed conseille aux experts de convoquer les parties trois semaines à un mois à l'avance pour permettre la réunion des dernières pièces du dossier. Il arrive que des pièces soient manquantes notamment en ce qui concerne le dossier médical.

Selon l'article L. 1142-9 du code de la santé publique, « *la commission régionale peut obtenir communication de tout document, y compris d'ordre médical.* » Nous utilisons bien entendu cet article pour obtenir les documents médicaux manquant, lesquels ne nous sont pas toujours adressés dans des délais raisonnables !

3. Le principe du contradictoire - L'un des grands principes concernant les devoirs de l'expert, et je devrais commencer par celui là, est le principe du contradictoire. Bien que la procédure soit amiable, elle respecte le principe du contradictoire. Selon l'article L. 1142-12, alinéa 7 du code de la santé publique, « *le collège d'experts ou l'expert s'assure du caractère contradictoire des opérations d'expertise* » qui se déroulent en présence des parties ou celles-ci dûment appelées, les parties pouvant se faire assister. Tout cela leur est expliqué dans différents courriers.

La grande particularité pour les CRCI concernant ce problème, est celui de la place de l'ONIAM. L'ONIAM, n'étant pas partie à la procédure CRCI, n'est pas convoqué à l'expertise et ne peut bien entendu y être représenté, de sorte que cette expertise ne lui est pas opposable. Or, la loi a prévu qu'un ou deux représentants de l'ONIAM fassent parties de la commission. En pratique, il y a un seul représentant par commission, lequel participe au vote des avis rendus par la CRCI. Dans une étape suivante, l'ONIAM peut décider de ne pas suivre les avis rendus par la commission. Cela explique que l'ONIAM ne peut pas être partie à la mission d'expertise, d'où les difficultés qui se posent parfois quand la juridiction est saisie...

En ce qui concerne les avis qui ne sont pas suivis, l'ONIAM adresse aux présidents de CRCI tous les 6 mois environ, l'état des avis suivis et non suivis. J'ai personnellement constaté que sur les 6 derniers mois, 4 avis n'ont pas été suivis sur les 600 rendus, ce qui fait que cela reste très marginal, et concerne essentiellement des dossiers dans lesquels la commission n'a pas suivi les conclusions de l'expert de sorte qu'il apparaît opportun dans certains dossiers, d'ordonner une contre-expertise ou éventuellement un complément d'expertise afin d'éviter de rendre un avis qui pourrait donner de faux espoirs à la victime pour ne pas être suivi ensuite.



4. L'absence de dires et de pré-rapport - En CRCI, il n'y a pas de pré-rapport, pas de dires. Cependant, à titre exceptionnel, dans des dossiers particulièrement compliqués, il peut être demandé aux experts un pré-rapport suivi de dires. Ceci doit rester exceptionnel, la loi nous accordant des délais extrêmement stricts - 6 mois au total pour rendre un avis. Dans ces conditions, institutionnaliser le pré-rapport entraînerait inmanquablement un allongement des délais et le but de la loi du 4 mars 2002 visant une indemnisation rapide ne serait plus atteint.

5. La réponse aux questions posées - Un point également très important est celui de la réponse des experts aux questions posées. L'expert doit y répondre dans la mission d'expertise-type établie par la CNAMed sur la base de la nomenclature *Dintilhac*. Il ne lui est pas demandé de faire du droit, de déterminer la nature du régime d'indemnisation applicable. Il doit, en revanche, répondre à des questions cruciales, telles que déterminer le pourcentage de fréquence de réalisation de la complication afin de permettre à la commission de se prononcer sur la notion d'anormalité du dommage, dire si les soins ont été conformes aux données acquises de la science médicale au jour du fait générateur, si les moyens en matériel et personnel de santé ont été adaptés, si l'indication opératoire était fondée, s'il y avait, ou non, une ou des alternatives thérapeutiques. Tout cela est très important, de même que sur les préjudices il est important de bien préciser dans le rapport d'expertise le nombre d'heures nécessaires pour la tierce personne, spécialisée ou non, et les périodes et classes de déficit fonctionnel temporaire nos seuils de compétence dépendant de cette réponse.

En conclusion je dirai que ce dispositif est très intéressant, non seulement en ce qu'il institue un « guichet unique » mais aussi parce qu'il nous permet de renouer avec l'humain. Il y a le droit mais il y a aussi l'homme, il y a la science mais aussi l'éthique. Devant les commissions beaucoup de souffrances sont exprimées. Il y a une écoute, absolument nécessaire et fondamentale, car il convient de concilier le respect de la dignité du patient sans décrédibiliser les médecins.

Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

Merci, on vous écouterait pendant des heures, mais il faut donner la parole aux autres intervenants : docteur Biclet.

Philippe Biclet

Expert près la cour d'appel et la cour administrative d'appel de Paris,

conseiller à l'Ordre national des médecins,

rédacteur en chef de la revue Médecine & Droit

Je souscris tout à fait aux propos qui ont été tenus sur les devoirs de l'expert, et particulièrement, il apparaît que la limite qu'il doit y avoir entre l'empathie et la neutralité est une limite qui est tenue mais l'expert doit se tenir nettement dans le cadre de la neutralité.



Pour ce qui concerne les conflits d'intérêts, lorsque celui-ci est évident le problème ne se pose même pas, l'expert doit se déporter, il ne faut pas attendre qu'il y ait la première réunion d'expertise. Par contre, il y a souvent des situations qui sont un peu difficiles parce que dans un milieu de spécialistes, on a forcément connu nos confrères, objets de la procédure. Aussi, il faut avant tout être d'une transparence totale et au moment de la réunion d'expertise, exposer d'une manière extrêmement claire les conditions dans lesquelles on a connu le confrère défendeur, de telle sorte qu'il n'y ait pas, après remise du rapport, ou au moment d'un dire, l'expression d'une critique qui serait tout à fait fondée si une des parties s'avérait surprise d'une relation même tout à fait épisodique entre l'expert et le défendeur.

Vis-à-vis du médecin qui est l'objet de la procédure, il faut garder une attitude tout à fait neutre, mais une attitude quand même extrêmement inquisitoire. Je me pose alors régulièrement la question de savoir si nous ne serions pas aidés par les magistrats si dans les missions, on ne nous demandait pas de connaître, d'une part, si le praticien a une expérience réelle de la technique qu'il a utilisée, combien de fois il l'a pratiquée, s'il peut en apporter les preuves, d'autre part s'il peut aussi nous donner des informations sur sa propre sinistralité, voire même, et là je pose la question, produire une attestation de sa compagnie d'assurance. Je sais que c'est peut-être une avancée un peu téméraire, mais enfin, pour les accidents de la circulation, il y a quand même des bonus-malus, et on peut alors se demander pour certains médecins s'il ne faudrait pas qu'il y ait une information de l'expert, que celui-ci puisse relayer auprès du magistrat ? Nous serions quand même beaucoup plus assurés dans notre démarche, si nous en avions reçu mission dans le rapport d'expertise.

Pour ce qui concerne l'adéquation entre le choix de l'expert et sa réelle compétence, ceci suppose d'avoir l'honnêteté scientifique de pouvoir dire au magistrat : « non, sur ce type d'affaire, je ne suis pas compétent », de résister éventuellement au magistrat ou au greffier. D'expérience, j'ai souvent été obligé de me défendre et d'expliquer pourquoi je refusais une affaire. Dans certains cas, il y a la possibilité de demander un sapitage avec un technicien sur la technique propre. Je pense par exemple à certaines explorations fonctionnelles gastroentérologiques où il n'y a pas d'expert électrophysiologiste gastroentérologue, et où le sapitage d'un « sur-spécialiste » peut être utile. Mais il y a quand même une difficulté : c'est qu'il s'agit d'un expert, d'un sapiteur qui va être dans la même discipline que l'expert. Or, en même temps, recourir systématiquement à des experts hors listes, nommés au cas par cas, sans que ceux-ci aient l'habitude de la pratique expertale serait extrêmement dangereux. Je pense donc qu'une bonne solution serait que l'expert puisse annoncer que pour une petite partie de l'expertise, il a besoin du sapitage, de quelqu'un de la même discipline mais qui effectue une technique très particulière, de telle sorte que l'intervention de ce sapiteur soit très bien encadrée.

Concernant le contradictoire, à mon avis, il est à deux niveaux. Il se passe d'abord au niveau de la réunion d'expertise, ce qui implique que celle-ci doit être préparée par l'expert de telle sorte qu'il puisse y avoir une véritable discussion contradictoire lors de la réunion, qu'on ne découvre pas l'affaire, que chaque partie puisse exposer ses arguments, et particulièrement dans le cadre des expertises administratives puisque



sauf exception il n'y a pas de pré-rapport – nous en avons parlé, il peut y en avoir un si nous le demandons expressément, mais nous sommes bien d'accord, il s'agit d'une exception.

[Sylvia Mille : Mais vous pouvez tout à fait le demander si la difficulté de l'affaire le nécessite.]

Tout à fait. Et le vrai contradictoire également, se passe au niveau du pré-rapport, lorsque celui-ci est demandé.

Je pense aussi qu'en matière de déontologie de l'expert, il doit y avoir une réflexion sur la proportionnalité des enjeux avec les opérations qui sont nécessaires pour aboutir à la manifestation de la vérité. Je m'explique. La vérité n'a pas de prix, mais face à des demandes d'investigations ou de diligences qui paraissent déraisonnables, et soutenues éventuellement par les défenseurs des parties, il faut savoir opposer le bon sens, afin de ne pas entreprendre des opérations très coûteuses vouées à ne déboucher sur rien.

Enfin, tout au long de la réunion expertale, je suis parfaitement d'accord avec ce qui vient d'être dit, l'expert doit faire preuve à la fois de neutralité et de prudence. Prudence et neutralité, car ce n'est pas lui qui va prendre la décision : il ne faut donc jamais montrer de quel côté le rapport va pencher. Il faut être extrêmement prudent, de telle sorte que si le magistrat prend une décision contraire, la partie ne s'estime pas d'une certaine manière trahie.

Pour toutes ces raisons, je crois que le compagnonnage ou la nomination d'un collègue expertal ou encore une période probatoire pour les experts serait une très bonne chose. Il est effectivement difficile d'imaginer que du jour au lendemain, un praticien puisse mener des opérations d'expertise sans avoir jamais assisté à une seule expertise. D'ailleurs, nous voyons des avocats, lorsqu'ils viennent à une réunion d'expertise, nous demander la permission de venir avec un stagiaire qui par la suite pourra exercer le ministère. Il serait donc tout à fait raisonnable de prévoir que, pendant deux ans, un expert candidat puisse assister à des expertises, ou alors s'il est nommé expert, il le fasse en collège avec des experts chevronnés.

Dominique Loriferne

Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Président de la table ronde

Merci pour cette proposition intéressante. M. le professeur Pellet, à vous.

Rémi Pellet

Professeur de droit des universités et enseignant à Sciences Po

Je voudrais d'abord prolonger la proposition du docteur Biclet. Il me semble en effet que s'il doit y avoir une déclaration de sinistralité, elle doit porter sur le service et pas seulement sur l'activité du praticien de santé lui-même. Il y a pour cela une raison simple : les praticiens hospitaliers sont des agents publics qui ne sont responsables à titre personnel que de leurs fautes « détachables du



service ». Or, si un praticien hospitalier n'a jamais été condamné pour une faute de cette nature, cela ne veut pas dire que son service fonctionne parfaitement bien. Il me semblerait donc intéressant de connaître la sinistralité du service dans lequel l'expert intervient, surtout si le praticien le dirige. Ce serait une première proposition.

Une deuxième proposition, concernerait la motivation des expertises. Il me semble très important que les experts motivent leurs analyses en se référant à la littérature médicale scientifique. Or, aujourd'hui, dans les expertises, ces références théoriques sont souvent très formelles : elles se réduisent à des listes d'articles de revues sans que soit toujours bien fait le lien entre ces publications et l'affaire sur laquelle porte l'expertise. La création d'une banque nationale informatisée des données expertales permettrait d'aider les experts dans leur travail d'analyse des cas et de motivation des expertises.

Enfin, je ne ferai que reprendre la proposition du professeur Claude Racinet, expert et ancien PU-PH gynécologue-obstétricien, selon laquelle il conviendrait de transposer en France le système américain d'évaluation des expertises. Je cite le professeur Racinet : « *Il existe aux États-Unis un Comité de recours (Grievance Committee) auquel les membres de l'ACOG (American College of Obstetricians and Gynecologists, Collège américain des obstétriciens et gynécologues) peuvent s'adresser en cas d'expertise jugée insuffisante et dommageable pour le défendeur. La commission, après audition de l'expert, peut éventuellement débouter le demandeur d'avis ou sanctionner l'expert si la qualité de l'expertise est insuffisante et/ou non conforme aux principes de la charte d'éthique (pouvant aller jusqu'à l'exclusion du collège). Il ne s'agit pas bien sûr d'une sanction juridique ou ordinale, mais uniquement de la décision d'une structure professionnelle privée de ne pas conserver dans ses rangs des experts passibles de graves reproches faits pas leurs pairs* ». Bien entendu, ce système pourrait être généralisé à toutes les spécialités médicales.

Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire

L'avis d'un expert médical peut être sollicité dans un cadre amiable ou contentieux et dans de très nombreuses circonstances, en particulier à la demande de parties, de compagnies d'assurances, de caisses de sécurité sociale, de juridictions, de commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) ou de l'ONIAM dans le cadre de dispositifs d'indemnisation spécifiques (cf. 1^{ère} table ronde).

La présente étude portera essentiellement sur les expertises en matière de responsabilité médicale et de réparation des préjudices corporels ordonnées par les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) et les juridictions judiciaires et administratives.

Ces expertises doivent leur permettre de disposer des éléments nécessaires pour statuer ou émettre un avis. Elles sont souvent décisives dans l'appréciation de la responsabilité médicale et l'évaluation des préjudices.

Elles peuvent être aussi l'occasion pour les parties d'être informées sur l'origine de dommages auxquels à priori l'acte médical envisagé ne les exposait pas et ayant donné lieu de la part des établissements de santé ou des professionnels de santé à des explications considérées comme insuffisantes.

Les expertises civiles sont régies par les articles 232 et 263 et suivants du code de procédure civile ; l'article 232 précisant que l'expertise vise à éclairer le juge sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. L'article 11 du code de procédure civile dispose aussi que les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Les expertises administratives font l'objet des articles R. 532-1 et suivants relatifs au référé instruction et R. 621-1 du code de justice administrative. Les réformes introduites par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives ont atténué les différences procédurales entre expertises civiles et administratives.

Les expertises pénales sont prévues par les articles 156 et suivants du code de procédure pénale ; l'article 156 prévoyant un recours à l'expertise dans le cas où se pose une question d'ordre technique.

Les expertises amiables diligentées par les CRCI en application de la loi du 4 mars 2002 sont régies par les articles L. 1142-9 et suivants et R. 1142-14 et suivants du code de la santé publique.

Ces expertises doivent être distinguées des avis sollicités par l'une des parties, qui, s'ils peuvent constituer des éléments d'information pour la juridiction ou la CRCI saisie, ne sont pas contradictoires et ne présentent donc pas les mêmes garanties.

Les points communs des expertises, leurs spécificités, les questions et réflexions qu'elles peuvent susciter seront envisagés à partir de la décision d'ordonner une

expertise jusqu'à la décision au fond rendue par les CRCI ou les juridictions. Les frais d'expertise et la responsabilité des experts seront enfin brièvement évoqués ainsi que les réflexions menées pour améliorer la qualité des expertises.

On peut relever au préalable que la demande d'une expertise médicale en référé par une partie interrompt le délai de recours contentieux contre la décision rejetant expressément la demande d'indemnité, (CE, 13 mars 2009, *Mme Vera*, n° 317567, inédit au Rec. et CE, 18 décembre 2009, *CH de Voiron*, n° 311604, inédit au Rec.). Plus généralement et comme toute action en justice, la demande d'une expertise médicale a un effet interruptif de prescription.

I. La décision d'ordonner une expertise

Il y a lieu de distinguer plus particulièrement la décision juridictionnelle et la décision prise par la CRCI et d'envisager ensuite la désignation des experts.

A. La décision juridictionnelle

Elle est prononcée en référé ou au fond par les juges civil et administratif et par la juridiction d'instruction ou de jugement en matière pénale.

Elle peut être ordonnée suivant les cas à la demande des parties ou d'office en première instance comme en appel ; en matière pénale, le ministère public pouvant aussi solliciter une telle mesure.

La décision d'ordonner une expertise relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond au vu des éléments versés aux dossiers. Il leur incombe néanmoins d'exposer les circonstances rendant nécessaire ou inutile cette mesure ; l'article 265 du code de procédure civile précisant expressément que la décision qui ordonne l'expertise expose en particulier les circonstances qui la rendent nécessaire.

Une expertise est cependant en règle générale indispensable en matière de responsabilité médicale et le rejet d'une demande d'expertise est souvent lié au fait qu'une ou plusieurs expertises ont déjà été réalisées.

Le Conseil d'État a précisé en application de l'article R. 532-1 du code de justice administrative imposant qu'une expertise soit utile pour être ordonnée en référé, que la seule circonstance qu'une expertise ait déjà été réalisée par la CRCI ne dispensait néanmoins pas le juge d'apprécier l'utilité d'une nouvelle expertise (CE, 4 octobre 2010, *M. et Mme Jeljeli*, n° 32836, inédit au Rec.).

La décision doit comporter le contenu de la mission d'expertise en application des articles 265 du code de procédure civile, 158 du code de procédure pénale et R. 621-1 du code de justice administrative.

L'appel d'une décision civile ordonnant une expertise est soumis à des règles spécifiques. Il suppose en application de l'article 272 du code de procédure civile lorsqu'il est interjeté indépendamment du jugement sur le fond, l'autorisation du premier président de la cour d'appel sur justification d'un motif grave et légitime. L'appel des ordonnances de référé-instruction et des ordonnances des juges



d'instruction est régi par les l'article R. 532-1 du code de justice administrative et 161-1 du code de procédure pénale.

L'article 156 du code de procédure pénale précise que le ministère public ou la partie qui demande une expertise peut préciser dans sa demande les questions qu'il ou elle voudrait voir poser à l'expert et que lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir faire droit à une demande d'expertise, il doit rendre une ordonnance motivée au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande.

B. La décision de la CRCI

L'expertise amiable fait partie du dispositif d'indemnisation assuré par les CRCI et l'ONIAM et est un préalable à l'avis que rend la CRCI sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, et sur le régime d'indemnisation applicable. La CRCI n'est cependant pas tenue d'ordonner une expertise lorsqu'elle estime que les dommages ne présentent pas le caractère de gravité prévu au II de l'article L. 1142-1 ou de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique (cf. 1^{ère} table ronde).

En vue d'harmoniser le fonctionnement des CRCI, la CNAMed a établi et imposé en 2006 une rédaction de la mission-type donnée aux experts qui est accompagnée d'un « Livret de l'expert » rappelant « *les points fondamentaux de l'expertise réalisée à la demande d'une CRCI* » et a adopté en 2007 la nomenclature *Dintilhac*. Cette mission est particulièrement développée en matière d'infections nosocomiales et d'évaluation des besoins liée à une perte d'autonomie.

C. La désignation des experts

Les juridictions et la CRCI doivent opter pour un ou plusieurs experts et les choisir. Des possibilités de récusation sont ouvertes aux parties.

1. Le nombre d'experts

Les articles 264 du code procédure civile, 159 du code de procédure pénale et R. 621-2 du code de justice administrative prévoient la désignation d'un seul expert à moins que les juges n'estiment nécessaire d'en nommer plusieurs ; l'article 265 du code de procédure civile prévoyant alors que la décision expose les circonstances qui rendent nécessaires la nomination de plusieurs experts.

Les experts peuvent cependant prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien. Mais il est imposé à l'expert en matière civile, en application de l'article 278 du code de procédure civile, que la personne à laquelle il fait appel exerce dans une spécialité distincte de la sienne et aux experts administratif et pénal qu'ils sollicitent respectivement l'autorisation du président de la juridiction de la section du contentieux au Conseil d'État et du juge concerné.

L'article 161-1 du code de procédure pénale prévoit aussi expressément que le procureur de la République et les avocats des parties peuvent demander au juge d'instruction d'adjoindre à l'expert ou aux experts déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes d'experts mentionnées à l'article 157.



L'expertise devant la CRCI est en principe confiée, dans le souci d'assurer de meilleurs garanties aux parties, à un collège d'experts selon l'article L. 1142-9 du code de la santé publique sauf lorsque celle-ci estime suffisant de n'en désigner qu'un seul. L'expert peut aussi prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre professionnel en application de L. 1142-12 du code de la santé publique.

2. Le choix des experts

Les juridictions judiciaires font en principe appel à des experts inscrits sur les listes des cours d'appel et de la Cour de cassation sous certaines conditions et selon les modalités fixées par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 et son décret d'application n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 sans qu'il s'agisse d'une obligation ; l'article 157 du code de procédure pénale précise cependant que c'est à titre exceptionnel que les juridictions peuvent, par décision motivée, choisir des experts ne figurant sur aucune de ces listes.

La désignation d'au moins un expert exerçant dans la même discipline que le praticien éventuellement mis en cause doit être privilégiée.

En application des articles R. 122-25-1 et R. 222-5 du code de justice administrative, le Conseil d'État ainsi que les présidents des juridictions administratives ont la faculté de procéder à l'établissement de tableaux des experts à caractère national et près de leurs juridictions respectives ; la constitution de ces tableaux comme le choix des experts n'étant pas réglementés.

Les experts désignés par les CRCI sont en principe choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux et soumis à une obligation de formation en matière de responsabilité médicale assurée par la Commission nationale des accidents médicaux (CNAMed), ce qui peut faciliter le recours éventuel à un expert exerçant son activité dans une autre région que celle où les soins litigieux ont été dispensés.

3. Des possibilités de récusation

Elles sont spécifiquement prévues par les articles 234 du code de procédure civile et R. 621-6 du code de justice administrative et doivent intervenir avant le début des opérations d'expertise ou à défaut dès la révélation de la cause de la récusation.

II. La mission d'expertise

Il y a lieu d'envisager le contenu de la mission, les délais fixés et les conditions de son acceptation.

A. *Le contenu de la mission*

Elle consiste en un certain nombre de questions posées à l'expert et peut dans certains cas inclure une mission de conciliation.

1. Les questions posées à l'expert

Il s'agit d'un certain nombre de questions de fait posées par les magistrats et les CRCI concernant l'existence, l'étendue des dommages et leurs causes.



Les articles 158 et 161-1 du code de procédure pénale prévoient expressément que la mission d'expertise ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique et fixent les modalités selon lesquelles le procureur de la République et les avocats des parties peuvent demander au juge d'instruction de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert.

L'expert doit apprécier la qualité des soins au regard des connaissances médicales avérées au jour de l'acte médical litigieux en procédant par comparaison entre ce qui a été fait et ce qui aurait dû l'être le cas échéant, sans déduire l'existence d'une faute de l'évolution postérieure du patient ou de l'apparition du dommage.

Une extension de la mission est possible si celle-ci s'avère nécessaire en application des articles 279 du code de procédure civile et R. 532-2 du code de justice administrative. L'article 165 du code de procédure pénale prévoit aussi qu'au cours de l'expertise, les parties peuvent demander à la juridiction qui l'a ordonnée qu'il soit prescrit aux experts d'effectuer certaines recherches ou d'entendre toute personne nommément désignée qui serait susceptible de leur fournir des renseignements d'ordre technique.

La mission peut aussi consister en la réalisation d'une autopsie ayant pour but de rechercher les causes du décès. L'article L. 1142-9 du code de la santé publique prévoit expressément que les experts désignés par la CRCI peuvent aussi procéder à des autopsies, à la demande de la CRCI et à la condition d'y avoir été autorisés par le président du tribunal de grande instance ou son délégué.

2. La conciliation des parties

Le Conseil d'État a admis que le juge pouvait ordonner, même d'office, à l'occasion d'une demande de référé-expertise, à l'expert désigné, de concilier les parties en tant que faire se peut (CE, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours du Sacré-Cœur et autres*, n° 259290, Rec. p. 65).

L'article R. 621-1 du code de justice administrative dans sa version issue du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 prévoit désormais expressément que la mission d'expertise peut viser à concilier les parties.

Une possibilité spécifique de conciliation peut être aussi envisagée en procédure amiable lorsque les dommages ne présentent pas le caractère de gravité requis par les articles L. 1142-1 ou L. 1142-1-1 du code de la santé publique.

L'article 240 du code de procédure civile dispose au contraire que le juge ne peut donner au technicien la mission de concilier les parties.

B. Les délais

Les magistrats comme la CRCI déterminent le délai à l'issue duquel le rapport doit être déposé par l'expert ; un contrôle pouvant être exercé par ces derniers et le cas échéant par le magistrat chargé du contrôle des opérations d'expertises en application des articles R. 621-1-1 du code de justice administrative et 155 du code de procédure civile.



L'article R. 621-4 du code de justice administrative prévoit aussi la possibilité d'une condamnation de l'expert ne remplissant pas sa mission ou ne l'effectuant pas dans les délais, sur demande d'une partie, et au terme d'une procédure contradictoire, à tous les frais frustratoires et à des dommages-intérêts.

C. Les conditions de son acceptation

L'acceptation de la mission par l'expert implique qu'il dispose de la compétence nécessaire pour l'assurer et présente des garanties d'impartialité et d'indépendance.

1. La compétence de l'expert

L'article 106 du code de déontologie médicale transposé à l'article R. 4127-106 du code de la santé publique précise que lorsqu'il est investi d'une mission, le médecin expert doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent code de déontologie.

L'article 233 du code de procédure civile prévoit aussi que l'expert doit remplir sa mission personnellement même s'il peut faire appel à un sappeur et en application de l'article 278-1 du code de procédure civile se faire assister dans l'accomplissement de sa mission.

La complexité et la technicité de certaines prises en charge médicales, par exemple en neurochirurgie, peuvent cependant susciter des difficultés pour trouver un expert ou plusieurs experts disposant de la compétence nécessaire pour assurer la mission d'expertise.

2. L'impartialité et l'indépendance de l'expert

L'expert doit présenter des garanties d'impartialité et d'indépendance à l'égard des parties en présence afin notamment d'assurer le respect de leur droit à un procès équitable affirmé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le serment prêté par l'expert en est en principe l'une des manifestations et l'article 105 du code de déontologie médicale transposé à l'article R. 4127-105 précise qu'un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services.

L'article 237 du code de procédure civile prévoit aussi que l'expert doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité et l'exigence d'indépendance est expressément mentionnée par l'article L. 1142-12 relatif aux experts en accidents médicaux.

A défaut, il lui incombe de refuser la mission confiée ; l'existence de manquements à de telles obligations pouvant justifier une radiation des listes d'expertises voire dans certains cas engager sa responsabilité.



A titre d'exemples, le Conseil d'État a retenu que ne présentait pas des garanties suffisantes d'impartialité l'expert qui avait partagé des activités au sein d'une association professionnelle avec le médecin ayant réalisé l'intervention sur laquelle l'expert a été appelé à se prononcer et publié avec lui des travaux issus de recherches effectuées en commun (CE, 30 mars 2011, *Mme Dumont*, n° 330161, inédit au Rec.).

L'article R. 621-5 du code de justice administrative précise en outre que les personnes qui ont eu à connaître de l'affaire à un titre quelconque sont tenues avant d'accepter d'être désignées comme expert ou sapiteur, de le faire connaître à la juridiction qui apprécie s'il y a empêchement.

III. Les opérations d'expertise

Elles sont soumises au principe du contradictoire dès lors qu'elles sont ordonnées en matière civile, administrative ou à la demande d'une CRCI en application des articles 16 du code de procédure civile, R. 621-7 du code de justice administrative et L. 1142-12 du code de la santé publique. Le respect de ce principe doit donc être assuré tout au long des opérations par l'expert et constituer une préoccupation constante.

L'expertise pénale n'est en revanche pas contradictoire et présente dès lors certaines spécificités dans son déroulement. Toutefois, lorsqu'il a été statué sur l'action publique, les mesures d'instruction ordonnées par le juge pénal sur les seuls intérêts civils obéissent aux règles de la procédure civile.

L'article 107 du code de déontologie médicale transposé à l'article R. 4127-107 du code de la santé publique précise que l'expert informe la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé.

Il y a lieu d'envisager la communication des pièces à l'expert et aux parties, la réunion d'expertise et les spécificités de la procédure pénale.

A. La communication des pièces à l'expert

Il y a lieu d'envisager les pièces devant être communiquées à l'expert par les parties et les juridictions ou la CRCI et les pièces demandées par l'expert.

1. Les pièces devant être communiquées

Il incombe en premier lieu aux parties de communiquer à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission en application des articles 275 du code de procédure civile et R. 621-7-1 du code de justice administrative. L'article 268 du code de procédure civile prévoit aussi que l'expert peut consulter, même avant d'accepter sa mission, les dossiers des parties et les documents nécessaires à l'expertise puis les retirer ou se les faire adresser par le secrétaire de la juridiction.

En procédure amiable, les pièces remises par la partie dans sa demande initiale, ou transmises à la demande de la CRCI, pouvant obtenir la communication de tout document y compris d'ordre médical, sont transmises par la commission à l'expert.



2. Les demandes de pièces par l'expert

Les pièces peuvent être détenues par les parties ou par des tiers.

a. Les pièces détenues par les parties

Des pièces utiles à sa mission peuvent être réclamées par l'expert aux parties.

L'article L. 1142-12 du code de la santé publique précise expressément dans le cas des expertises en accidents médicaux devant les CRCI que les parties ne peuvent lui opposer le secret médical ou professionnel.

En cas de difficultés d'obtention des pièces liées à la carence d'une partie, les articles L. 911-4 du code de justice administrative et 243 du code de procédure civile prévoient que le juge peut en ordonner la production. L'expert peut être aussi autorisé à déposer son rapport en l'état en application des articles 275 du code de procédure civile et L. 1142-12 du code de la santé publique ; la juridiction ou la CRCI pouvant ensuite tirer toute conséquence du défaut de communication des documents.

b. Les pièces détenues par des tiers

L'expert peut être amené à demander des pièces nécessaires à sa mission à des tiers.

L'article L. 1142-12 du code de la santé publique relatif aux expertises en accidents médicaux devant les CRCI précise aussi que les professionnels de santé et les établissements, organismes et services de santé visés à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ne peuvent opposer le secret médical ou professionnel aux experts.

Dans les autres expertises, l'expert peut solliciter le juge en cas de difficultés pour obtenir les pièces nécessaires à l'exécution de sa mission.

Cependant dès lors que ces pièces contiennent des informations qui sont couvertes par le secret médical, l'accord de la personne concernée est nécessaire.

La Cour de cassation a ainsi jugé que si le juge civil avait le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne pouvait en l'absence de disposition législative spécifique, ni contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droits s'y sont opposés (Cass., 1^{re} civ., 15 juin 2004, pourvoi n° 01-02338, Bull. n° 171), ni ordonner une expertise en impartissant à l'expert une mission qui porte atteinte au secret médical sans en subordonner l'exécution à l'autorisation préalable du patient concerné, sauf à en tirer toutes conséquences d'un refus illégitime de sa part (Cass., 1^{re} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-12742, Bull. n° 128).

Elle a précisé que c'était dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du fond appréciaient si une partie avait accepté que des pièces médicales soient communiquées à un expert et renoncé ainsi à se prévaloir du secret médical (Cass., 1^{re} civ., 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-11906, Bull. n° 417).



Mais elle a estimé qu'une caisse primaire d'assurance maladie n'était pas fondée à opposer à un médecin expert judiciaire, le respect du secret médical à une demande de communication d'un dossier médical, à un médecin expert judiciaire (Cass., 2^{ème} civ., 7 octobre 2010, pourvoi n° 09-16829, Bull. n° 167 et Cass., 2^{ème} civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 06-18250, Bull. n° 261).

B. La communication des pièces du dossier aux parties

Elle constitue l'un des moyens d'assurer le respect du principe du contradictoire et il incombe à l'expert de veiller à ce que chacune des parties ait eu accès aux pièces dont il a obtenu la communication et sur lesquelles il entend se fonder, afin qu'elles soient en mesure d'en débattre.

L'article L. 1142-9 du code de la santé publique prévoit déjà en amont, dans le cas des expertises demandées par les CRCI, la remise aux parties de copies de l'ensemble des pièces qui lui ont été communiquées et des demandes qu'elle a elle-même formulées.

C. La réunion d'expertise

Elle constitue une étape essentielle des opérations d'expertise et la présence des parties est essentielle pour assurer le respect du principe du contradictoire. Elles y sont convoquées par lettre recommandée avec accusé de réception et peuvent se faire assister outre de leurs avocats, d'une ou plusieurs personnes de leur choix tels qu'un médecin conseil, convoquées par lettre simple.

Lorsque plusieurs experts ont été désignés, ils procèdent en principe ensemble à l'ensemble des opérations d'expertise et donc aux réunions d'expertise.

Il appartient aux experts d'examiner la personne victime du dommage, les expertises après décès étant en principe les seules effectuées au vu des pièces fournies à l'expert. Cet examen est en effectué en présence seulement des médecins et le cas échéant si le patient le demande, en présence seulement du ou des experts

Le Conseil d'État a admis que l'examen médical pouvait avoir lieu en dehors de la présence des parties (CE, 14 octobre 1983, *Ville de Tours*, n° 33371, inédit au Rec.), mais qu'il était alors nécessaire que les parties aient la possibilité de contester les constatations des experts (CE, 17 avril 1985, *Dpt de la Moselle contre Epoux Manson*, n° 50438 et 55866, inédit au Rec.).

Le respect du principe du contradictoire suppose en tout état de cause la présence de l'ensemble des parties, au reste des opérations d'expertise et le recueil de leurs observations.

La Cour de cassation a donc retenu qu'un expert qui avait, après l'examen clinique de la victime, fait seul participer à sa réflexion, le médecin désigné par l'une des parties, avait commis une faute professionnelle grave dès lors qu'il était tenu de respecter le principe de la contradiction pendant la totalité de ses opérations d'expertise (Cass., 1^{re} civ., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 98-10988, Bull. n° 183).

Dans le cas où l'expert est amené à procéder à des investigations techniques hors la présence des parties ou encore à recueillir l'avis d'un spécialiste, la Cour de cassation



a estimé qu'il devait alors soumettre aux parties le résultat de ses investigations et l'avis de ce spécialiste, afin de leur permettre d'être éventuellement à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt du rapport (not. Cass., 2^{ème} civ., 18 janvier 2001, pourvoi n° 98-19958, Bull. n° 11 et Cass., 2^{ème} civ., 5 décembre 2002, pourvoi n° 01-10320, Bull. n° 278).

D. Des spécificités en matière d'expertise pénale

L'expert a accès sous certaines contraintes spécifiques prévues par l'article 163 du code de procédure pénale aux pièces médicales faisant l'objet de scellés.

Il remplit sa mission en liaison avec le juge d'instruction ou le magistrat que doit désigner la juridiction ordonnant l'expertise et sous son contrôle, et ne doit délivrer ses conclusions qu'au magistrat qui l'a commis, conformément aux articles 161 et 166 du code de procédure pénale.

L'article 164 du code de procédure pénale prévoit notamment que les experts peuvent recevoir, à titre de renseignement et pour le seul accomplissement de leur mission, les déclarations de toute personne autre que la personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile, et seulement s'ils y ont été autorisés par le juge d'instruction ou le magistrat désigné par la juridiction, et avec l'accord des intéressés et selon certaines modalités, les déclarations de la personne mise en examen, du témoin assisté ou de la partie civile, nécessaires à l'exécution de leur mission.

Les experts entendent enfin séparément ces personnes et ne peuvent procéder à des confrontations.

IV. Le rapport d'expertise

Il y a lieu d'examiner ses principaux éléments, les observations des parties et les documents devant être joints au rapport.

A. Ses principaux éléments

L'expertise doit permettre aux magistrats et aux CRCI de disposer des éléments nécessaires pour statuer ou étayer leur avis.

Le rapport mentionne en principe la liste des documents communiqués, un rappel des faits médicaux, les troubles allégués, une description de l'état du patient tel qu'il résulte de son examen, les observations des parties, une partie discussion avant les conclusions permettant de répondre aux questions posées dans un langage accessible à des non-médecins.

L'article 108 du code de déontologie médicale transposé à l'article R. 4127-108 précise que l'expert « *ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées* », qu' « *hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise* » et qu'il « *doit attester qu'il a accompli personnellement sa mission* ».

L'article 166 du code de procédure pénale énonce que lorsque les opérations d'expertise sont terminées, les experts rédigent un rapport qui doit contenir la description desdites opérations ainsi que leurs conclusions et qu'ils signent leur



rapport et mentionnent les noms et qualités des personnes qui les ont assistés, sous leur contrôle et leur responsabilité, pour la réalisation des opérations jugées par eux nécessaires à l'exécution de la mission qui leur a été confiée.

En cas d'expertise collégiale, les experts procédant ensemble aux opérations d'expertise, dressent un seul rapport ; l'article R. 621-8 du code de justice administrative précisant que s'ils ne peuvent parvenir à la rédaction de conclusions communes, le rapport comporte l'avis motivé de chacun d'eux. De même l'article 166 du code de procédure pénale prévoit que s'ils sont d'avis différents ou s'ils ont des réserves à formuler sur des conclusions communes, chacun d'eux indique son opinion ou ses réserves en les motivant.

L'article 238 du code de procédure civile précise que le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis, qu'il ne peut répondre à d'autres questions sauf accord écrit des parties et qu'il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique.

B. Les observations des parties

La prise en compte des observations ou réclamations écrites et orales des parties est spécifiquement prévue, selon des modalités différentes, par les articles 276 du code de procédure civile, R. 621-9 du code de justice administrative, L. 1142-12 du code de la santé publique et 167 du code de procédure pénale.

L'expert en matière civile doit avoir recours à un pré-rapport adressé aux parties, assorti d'un délai pour faire part de leurs observations et à un rapport définitif intégrant les dires des parties et y répondant dès lors que l'article 276 du code de procédure civile lui impose de joindre les observations ou réclamations des parties écrites et de faire mention de la suite qu'il leur aura donnée.

Un pré-rapport n'est pas imposé dans le cadre d'une expertise demandée par la CRCI ou d'une expertise administrative, les observations des parties étant en principe formulées après le dépôt du rapport directement auprès de la juridiction administrative ou de la CRCI.

Le Conseil d'État a ainsi retenu que si les parties devaient être mises à même de fournir sur un rapport d'expertise les observations prévues par l'article R. 621-9 du code de justice administrative, aucune disposition n'imposait à l'expert de répondre aux observations que lui avaient adressées les parties sur le rapport qu'il leur avait communiqué (CE, 2 février 2011, *Mme Gallon*, n° 323970, inédit au Rec., et CE, 24 février 1995, *Mme Stihle*, n° 138382, inédit au Rec.).

En matière pénale en application de l'article 167 du code de procédure pénale, le juge d'instruction peut demander à l'expert de déposer un rapport provisoire avant son rapport définitif, donner un délai au ministère public et aux parties pour lui adresser ainsi qu'à l'expert leurs observations écrites ; l'expert déposant son rapport définitif au vu de ces observations.

C. Les documents à joindre

L'avis éventuel du sappeur doit être joint au rapport, en application des articles 282 du code de procédure civile et 162 du code de procédure pénale.



Dans le cadre du respect du contradictoire et afin que les parties puissent s'assurer de leur existence et de leur teneur et en discuter la portée, la Cour de cassation a retenu que l'expert devait joindre à son rapport les documents qu'il avait pu obtenir et sur lesquels il fondait ses conclusions (Cass., 2^{ème} civ., 30 novembre 1988, pourvoi n° 87-15508, Bull. n° 236 et Cass., 1^{ère} civ., 30 septembre 2010, pourvoi n° 09-12978, inédit au Bull.), ainsi que la source des informations orales ou écrites qu'il a pu recueillir (Cass., 2^{ème} civ., 4 juin 1993, pourvoi n° 91-14928, Bull. n° 191).

L'article L. 1142-12 du code de la santé publique prévoit aussi que sur la demande des parties, l'expert en accident médical joint à son rapport tous documents afférents aux observations des parties.

V. La décision ou l'avis après expertise

La décision juridictionnelle ou l'avis de la CRCI est précédé selon les cas, des observations et conclusions des parties sur le rapport d'expertise ; l'article R. 621-9 du code de justice administrative mettant spécifiquement sa communication aux parties à la charge de la juridiction administrative et l'article 167 du code de procédure pénale prévoyant que le juge d'instruction donne connaissance des conclusions des experts aux parties et à leurs avocats selon certaines modalités, et fixe un délai aux parties pour présenter des observations ou formuler une demande, notamment aux fins de complément d'expertise ou de contre-expertise.

La juridiction ou la CRCI peut avant de rendre sa décision ou son avis entendre le ou les experts qu'elle a désignés en application des articles R. 1142-16 du code de la santé publique, R. 621-10 du code de justice administrative, 169 du code de procédure pénale et 245 du code de procédure civile ; ces dernières dispositions prévoyant aussi selon des modalités spécifiques la faculté pour les juges d'inviter l'expert à compléter, préciser ou expliquer ses constatations et conclusions.

Enfin, l'expert peut aussi demander lui-même à être entendu en matière civile.

A. La portée du rapport d'expertise

Les magistrats ou la CRCI ne sont pas liés par les constatations et conclusions des experts ; ce point étant d'ailleurs expressément précisé par l'article 246 du code de procédure civile. La Cour de cassation en a déduit que la portée d'un rapport d'expertise était appréciée souverainement par les juges du fond (not. Cass., 1^{ère} civ., 7 décembre 1999, pourvoi n° 97-19262, Bull. n° 337), qui peuvent donc s'en affranchir sous réserve cependant d'énoncer les motifs qui ont entraîné leur décision (not. Cass., 1^{ère} civ., 11 mars 2003, pourvoi n° 01-01673, Bull. n° 74) et le cas échéant ordonner une contre-expertise.

B. La portée des autres pièces médicales

Une mesure d'expertise ordonnée devant une autre instance ou devant la CRCI peut être prise en considération par les magistrats dès lors qu'elle a été régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire des parties (not. CE, 4 octobre 2010, *M. et Mme Jeljeli*, n° 332836, inédit au Rec., et Cass., 2^{ème} civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-16824, Bull. n° 95).



Un avis amiable voire une expertise non contradictoire peuvent être aussi pris en compte par les magistrats ou la CRCI à titre d'éléments d'information dès lors qu'ils ont été versés aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties.

La Cour de cassation a cependant retenu que le juge ne pouvait se déterminer au seul vu d'une expertise établie non contradictoirement (Cass., 2^{ème} civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 05-14333, Bull. n° 225).

VI. Les frais d'expertise

Les frais d'une expertise demandée par les CRCI sont pris en charge par l'ONIAM sur la base d'indemnités forfaitaires dont les montants sont discutés ; un remboursement par le responsable du dommage étant prévu en application des articles L. 1142-14 et L. 1142-15 du code de procédure pénale.

En matière civile, le versement d'une provision est mis à la charge de l'une ou plusieurs parties selon les modalités prévues par les articles 269 et suivants du code de procédure civile.

Le montant des frais d'expertise dans une procédure administrative est en principe fixé après le dépôt du rapport en application de l'article R. 621-11 du code de justice administrative mais l'obtention d'une provision est prévue par l'article R. 621-12 du code de justice administrative.

Les frais de justice en matière pénale comprenant notamment les frais d'expertise sont à la charge de l'État et sans recours envers les condamnés. Sous certaines conditions les frais d'expertise peuvent être mis à la charge de la partie civile dont la constitution a été jugée abusive ou dilatoire ; la partie civile pouvant être aussi amenée lorsque l'expertise est ordonnée, à payer un complément de consignation prévu par l'article 88-2 du code de procédure pénale.

Une prise en charge par l'État des frais d'expertise des parties bénéficiaires de l'aide juridictionnelle est prévue. Les frais d'expertise incombent en principe à la partie perdante en application des articles 696 du code de procédure civile et R. 761-1 du code de justice administrative.

VII. La responsabilité des experts

La violation de certaines obligations telles que le respect du secret médical peut être sanctionnée et justifier des sanctions pénales.

Elle peut aussi justifier des sanctions disciplinaires en particulier au titre de manquements aux règles déontologiques relatives à l'exercice de la médecine d'expertise prévues par les articles 105 et suivants du code de déontologie médicale, transposées aux articles R. 4127-105 et suivants du code de la santé publique ainsi qu'au titre de manquements aux obligations prévues par le décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires.

Des mesures telles qu'une suspension, une radiation ou seulement un non-renouvellement de l'inscription sur les listes peuvent être ainsi décidées sous certaines conditions.



L'article L. 1142-11 du code de la santé publique prévoit aussi et sous certaines conditions la possibilité d'une radiation de la liste des experts en accidents médicaux, en cas de manquement caractérisé de l'expert à ses obligations, de faits contraires à l'honneur et à la probité, ou si l'expert n'est plus en mesure d'exercer normalement ses activités.

La Cour de cassation a enfin retenu que la responsabilité personnelle de l'expert à raison de fautes commises dans l'accomplissement de sa mission était engagée conformément au droit commun de la responsabilité civile (Cass., 2^{ème} civ., 8 octobre 1986, pourvoi n° 85-14201, Bull. n° 146).

VIII. Des réflexions sur d'éventuelles améliorations

Une Commission de réflexion sur l'expertise présidée par deux magistrats judiciaires, Mme C. Bussière et M. C. Autin, a été mise en place par le garde des Sceaux en mai 2010, afin d'envisager des modifications de l'expertise en matière civile et pénale et pour améliorer tant l'accès à la justice que la qualité des décisions. Ont ainsi été analysées les problématiques liées à la place de l'expertise au regard des autres mesures d'instruction, à l'information du justiciable et enfin au coût de la mesure.

Son rapport déposé en mars 2011 contient 38 préconisations, depuis la sélection des experts au rapport final qui sont annexées à la présente synthèse.

La nécessité de garanties supplémentaires pour assurer une meilleure qualité des expertises en matière d'expertise amiable et contentieuse est aussi soulignée par plusieurs auteurs.

L'équilibre entre les différents protagonistes et le respect des droits fondamentaux de la personne doivent être l'un des axes essentiels de ces réflexions.



Tableau de synthèse des préconisations de la commission de réflexion sur l'expertise

Source : C. Buisnière, S. Autin, ministère de la justice et des libertés, « *Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise* », La Documentation française, mars 2011.

Préconisation n° 1 – Recourir davantage en matière civile, lorsque les conditions sont réunies, aux mesures d'instruction plus rapides et moins coûteuses que l'expertise : consultation et constatations.

Préconisation n° 2 – Accroître en matière pénale le recours aux constatations par exemple en matière financière et informatique par : le développement des capacités techniques des services enquêteurs, l'amélioration de la formation des magistrats et enquêteurs, l'augmentation du nombre d'assistants spécialisés.

Préconisation n° 3 – Élaborer une fiche d'information sur l'expertise (site Internet du ministère).

Préconisation n° 4 – Diffuser au niveau de chaque cour d'appel au profit exclusif des magistrats des éléments d'information sur les coûts et délais moyens des expertises réalisées par les différents experts inscrits sur la liste.

Préconisation n° 5 – Faire établir par l'expert dès la mise en oeuvre de sa mission un calendrier des opérations d'expertise et un relevé du montant des frais et honoraires au fur et à mesure de leur engagement.

Préconisation n° 6 – Instaurer une assurance en ajoutant dans un contrat composite (assurance multirisque habitation...) une garantie obligatoire de protection juridique couvrant les domaines juridictionnels les plus sollicités.

Préconisation n° 7 – Développer localement les chartes entre les compagnies, les juridictions et les avocats afin de promouvoir les bonnes pratiques permettant une réduction des frais en cours d'expertise (cf. chartes de la cour d'appel de Paris, de Versailles...).

Préconisation n° 8 – Modifier l'article 280 du code de procédure civile pour rendre obligatoire la demande par l'expert de consignation complémentaire si la provision initiale s'avère manifestement insuffisante.

Préconisation n° 9 – Modifier l'article 282 du code de procédure civile pour y insérer l'obligation faite à l'expert de transmettre aux parties sa demande de rémunération en même temps que son rapport.

Préconisation n° 10 – Revaloriser certaines expertises tarifées (médecine légale, psychiatrie, psychologie...).

Préconisation n° 11 – Clarifier et simplifier les circuits de paiement en vue d'abréger les délais de règlement notamment dans le cadre de l'application du logiciel CHORUS.

Préconisation n° 12 – Mettre financièrement les juridictions en capacité de régler sur toute l'année les mémoires des experts dans des délais raisonnables.

Préconisation n° 13 – Modifier l'article R. 115 du code de procédure pénale afin de permettre le versement d'acomptes provisionnels allant jusqu'à 50 % du montant des frais et honoraires prévus.

Préconisation n° 14 – Recommander aux compagnies d’experts de proposer ou développer dans toutes les cours d’appel une offre de formation préalable à l’inscription suivie de la délivrance d’une attestation.

Préconisation n° 15 – Imposer dans un délai de six mois suivant la prestation de serment, une formation initiale qui serait organisée sous l’égide de l’ENM en partenariat avec le CNCEJ, les compagnies et les unions régionales d’experts.

Préconisation n° 16 – Harmoniser les modalités de formations par : une association des cours d’appel aux plans de formation des experts, la création sous l’égide de l’ENM d’une formation des « formateurs » permettant la diffusion d’une culture sur la procédure, l’expertise, l’environnement judiciaire, la comparution de l’expert à l’audience.

Préconisation n° 17 – Modifier l’article R. 222-5 du code de justice administrative en réservant aux seules cours administratives d’appel la faculté d’établir un tableau annuel de leurs experts et en prévoyant que ceux-ci sont choisis parmi les experts inscrits sur les listes dressées par les cours d’appel situées dans le ressort de la cour administrative d’appel concernée.

Préconisation n° 18 – Envisager soit l’abrogation de l’article R. 122-25-1 du code de justice administrative, soit l’établissement d’une liste nationale des experts commune au Conseil d’État et à la Cour de cassation.

Préconisation n° 19 – Motiver le refus d’inscription initiale sur les listes d’experts et prévoir cette obligation de motivation dans une disposition législative spécifique.

Préconisation n° 20 – Préciser dans un article du décret 2004-1463 que le refus d’inscription initiale est motivé en référence notamment à une absence de compétence, d’insuffisance de moyens techniques ou d’intérêt pour la collaboration au service public de la justice et aux besoins.

Préconisation n° 21 – Insérer l’ensemble des principes déontologiques des experts sous l’article 22 du décret du 23 décembre 2004 (cf. modèle joint en annexe 4).

Préconisation n° 22 – Créer « une déclaration d’acceptation de mission, d’indépendance et d’information » par l’expert, y compris sur l’existence d’une assurance, avant le début de ses opérations (cf. modèle joint en annexe 4).

Préconisation n° 23 – Rendre obligatoire l’établissement contradictoire de fiches d’évaluation des expertises par les juridictions du fond, limitées à la pertinence, la clarté, les respects des délais, la précision des réponses apportées et communiquées à la cour d’appel préalablement à la réunion de la commission de réinscription.

Préconisation n° 24 – Harmoniser les conditions de désignation des experts au pénal et au civil en imposant au juge civil de motiver une désignation hors liste et modifier l’article 265 du code de procédure civile en y ajoutant que « la décision commettant un expert hors liste doit exposer les raisons d’une telle désignation ».

Préconisation n° 25 – Développer le suivi des expertises au travers des logiciels métiers, notamment par une formation améliorée des magistrats et fonctionnaires sur les possibilités offertes par les chaînes civiles et pénales et par une meilleure organisation des services des parquets et des greffes correctionnels.

Préconisation n° 26 – Modifier l’article 155-1 du code de procédure civile pour rendre obligatoire la désignation dans chaque tribunal de grande instance et cour



d'appel d'un magistrat chargé du contrôle des expertises civiles sur intérêts civils et créer autour de lui un service centralisé et structuré du suivi et contrôle des expertises (modification du code de l'organisation judiciaire).

Préconisation n° 27 – Développer une base de données nationale des experts inscrits (CNCEJ).

Préconisation n° 28 – Développer en tant que bonne pratique en matière civile la communication par le demandeur à la mesure d'instruction d'un projet de mission pour favoriser la discussion contradictoire sur la définition de la mission de l'expert.

Préconisation n° 29 – Élaborer en matière civile et pénale des missions type dans le cadre d'un processus centralisé de mise à disposition et de mise à jour sur le site intranet justice, et sur le site de la Cour de cassation.

Préconisation n° 30 – Limiter dans le temps (2 mois à compter de la première réunion d'expertise) les appels en cause sous réserve de la possibilité d'invoquer un motif légitime soumis à l'expert puis au juge en cas de difficulté.

Préconisation n° 31 – Recommander la mise en œuvre effective par l'expert des dispositions de l'article 275 du code de procédure civile en cas de carence des parties à la remise de documents.

Préconisation n° 32 – Veiller à une réelle utilisation des outils d'alerte existant dans les applications informatiques métiers (CASSIOPEE, WINCI, WINSTRU...) et assurer une formation des utilisateurs.

Préconisation n° 33 – Développer en matière pénale les capacités techniques de l'INPS en matière d'empreintes génétiques et de toxicologie notamment et la conclusion de marchés nationaux pour des opérations répétitives (mêmes matières) avec des prestataires privés reconductibles ou renouvelables de manière pérenne.

Préconisation n° 34 – Adapter localement de façon réaliste le schéma directeur de médecine légale.

Préconisation n° 35 – Recommander l'élaboration de rapports d'étape et documents de synthèse notamment dans les conventions dressées entre les experts – les avocats et les juridictions avec la fixation de délais impartis aux parties pour formuler leurs observations afin de développer le principe du contradictoire sans nuire aux exigences de célérité.

Préconisation n° 36 – Normaliser les rapports d'expertises (limitation des annexes - canevas-types...).

Préconisation n° 37 – Dématérialiser les expertises en collaboration avec le CNCEJ et le CNB au travers d'une plate-forme nationale d'échanges sécurisés placée sous le contrôle d'un administrateur dédié qui délivre les identifications et les codes d'accès (cf. expérimentation menée par la cour d'appel de Bordeaux).

Préconisation n° 38 – Rendre préalablement obligatoire la communication électronique dans les procédures civiles avec représentation afin de faciliter la dématérialisation des expertises.



Le juge face aux enjeux de santé publique

La protection de la santé incombe en premier lieu aux autorités sanitaires et impose de lutter contre les infections nosocomiales et de s'assurer de la qualité des produits de santé. La responsabilité de droit pesant sur les établissements de santé au titre des infections nosocomiales, partiellement relayée par la solidarité nationale, amènera d'abord la table ronde à s'interroger sur leur définition et les éléments de preuve à la charge des parties. Seront ensuite abordées la responsabilité du fait des produits de santé défectueux et la prise en charge de certains dommages au titre de la solidarité nationale.

Sommaire

Présentation des intervenants	p. 342
Actes de la table ronde	p. 344
Témoignage	p. 371
Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire	p. 373
Synthèse des propositions de la mission parlementaire d'information commune sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical	p. 391

Les intervenants

Christine Maugüé

*Présidente de la 6^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État,
Présidente de la table ronde*

Diplômée de Sciences Po et ancienne élève de l'École nationale d'administration, Christine Maugüé est entrée comme auditrice au Conseil d'État en 1988. Elle y a occupé les fonctions de responsable du centre de documentation de 1991 à 1994, puis de commissaire du Gouvernement de 1994 à 2003. En 2004 elle a été affectée à la section des travaux publics puis a rejoint la section du contentieux en 2007 en qualité d'assesseur. Depuis 2009 Christine Maugüé est présidente de la 6^{ème} sous-section de la section du contentieux. Elle est professeur associé à l'université Paris I et rapporteur général de la commission supérieure de codification.

Jean-Louis Gallet,

Conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance de marseille, premier substitut puis substitut général, Jean-Louis Gallet devient conseiller à la cour d'appel de Colmar avant d'être nommé en qualité d'inspecteur à l'inspection générale des services judiciaires. Il est ensuite nommé président de chambre à la cour d'appel de Versailles, puis président du tribunal de grande instance de Créteil, avant d'être appelé aux fonctions de directeur à la direction des affaires civiles et du Sceau. Il est nommé conseiller à la Cour de cassation en 2003 et est vice-président du Tribunal des conflits depuis janvier 2011. Publications récentes : - *“La procédure civile devant la cour d'appel”* : Litec, collection Pratique professionnelle – Procédure : 2^{ème} édition : février 2010 ; - « *Les régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction judiciaire* » : Encyclopédie Dalloz – 2008.

Anne Laude,

Professeur à l'université de Paris V- René Descartes

Anne Laude est professeur agrégée de droit à l'université Paris V - René Descartes et directrice du master droit des industries des produits de santé. Elle codirige l'Institut droit et santé à l'université Paris V - René Descartes. Elle est responsable scientifique du Lamy « *Droit de la santé* » et auteur de nombreux ouvrages en droit de la santé.

Dominique Maraninchi,

Directeur général de l'AFSSAPS

Le Professeur Dominique Maraninchi, ex-interne des hôpitaux de Paris, professeur de cancérologie à la faculté de médecine de Marseille, a dirigé pendant 16 ans l'Institut Paoli-Calmettes de Marseille. Avant de rejoindre l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps), il était président du conseil

d'administration de l'Institut national du cancer depuis 2006. Le Professeur Dominique Maraninchi a dirigé une équipe de thérapeutique expérimentale à l'Inserm et a fondé et dirigé une formation doctorale en oncologie (pharmacologie et thérapeutique) à l'université de la Méditerranée. Il a aussi été membre de nombreux conseils scientifiques et président de la Fédération nationale des centres de lutte contre le cancer (FNCLCC) de 2002 à 2004. Dominique Maraninchi a créé dès 1981 une unité pilote de greffe de moelle à l'Institut Paoli-Calmettes, puis une nouvelle unité pilote de traitement par cytokines et d'immunothérapie des cancers en 1988. Chargé de mission auprès du ministre de la santé, le professeur Dominique Maraninchi avait été nommé en 2003 conseiller permanent d'orientation de la Mission interministérielle pour la lutte contre le cancer (MILC). Dominique Maraninchi est auteur et coauteur de 297 publications scientifiques indexées, dont la majorité concerne la recherche diagnostique et thérapeutique chez l'homme. Il a été nommé, le 22 février 2011, directeur général de l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.

Philippe Ranquet,

Membre de la section sociale du Conseil d'État et de la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux

Ancien élève de l'École normale supérieure de la rue d'Ulm, agrégé d'histoire (1996), diplômé d'études approfondies d'histoire contemporaine (1997), Philippe Ranquet commence sa carrière comme professeur agrégé d'histoire. Après sa scolarité à l'École nationale d'administration, il entre comme auditeur au Conseil d'État en 2007 à la section du contentieux et est affecté à la 5^{ème} sous-section, qui connaît notamment des affaires de responsabilité hospitalière. En 2010 il est nommé maître des requêtes et sera affecté, la même année, à la section sociale. Philippe Ranquet est également commissaire du Gouvernement à la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale.



Christine Maugüé,
*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État*
Présidente de la table ronde

Nous allons à présent entamer la septième table ronde consacrée au juge face aux enjeux de santé publique. Notre tâche est d'emblée un peu ardue parce que c'est la dernière table ronde et que tout ou presque a été dit. Néanmoins, les organisateurs de ce colloque ont souhaité que l'accent soit mis à la fin de ces deux journées sur certains grands enjeux de santé publique. Bien sûr, il a fallu les sélectionner, parce que tous les enjeux de santé publique ne pouvaient pas être abordés. On aurait ainsi parfaitement pu parler du thème de la santé au travail, qui est un thème essentiel, du thème de la santé et de l'environnement, ou encore de la santé et de l'alimentation, qui sont autant de sujets qui à eux seuls auraient pu donner lieu à des tables rondes autonomes.

En ce qui nous concerne, le parti a été pris de mettre l'accent sur deux enjeux de santé publique : **la lutte contre les affections nosocomiales**, d'abord, et la **qualité des produits de santé** ensuite. Il s'agit de deux domaines dans lesquels il y a des dispositifs de prévention et de contrôle à la fois variés et différents, qui existent dans les établissements de santé, chez les professionnels de santé et aussi du côté des autorités sanitaires. Néanmoins, lorsque apparaissent malgré tout des dommages, se pose la question de leurs réparations.

Dans l'un comme pour l'autre de ces domaines, on a assisté à une intervention conjointe du juge et du législateur. On observe également, dans les deux cas, que coexiste un mécanisme de prise en charge par la solidarité nationale et des mécanismes de responsabilité.

Juste avant d'entamer le vif du sujet, quelques mots pour présenter les intervenants de cette table ronde.

Je dois d'abord excuser Claude Evin qui devait intervenir en sa qualité de directeur de l'agence régionale de santé d'Ile-de-France, mais qui est empêché en raison d'un colloque des ARS qui se tient en même temps.

Nous avons donc avec nous :

- Anne Laude, professeur de droit à l'université Paris Descartes et qui par ailleurs codirige l'Institut droit et santé ;
- Dominique Maraninchi, le directeur général de l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps) ;
- Jean-Louis Gallet, conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation ;
- Philippe Ranquet mon collègue, maître des requêtes au Conseil d'État.

Nous allons parler dans un premier temps des infections nosocomiales. Cette question a été largement abordée, voire complètement, lors de la journée d'hier, mais je crois qu'il est quand même intéressant de refaire le point sur différents sujets concernant les infections nosocomiales d'autant qu'il y a eu des décisions récentes qui sont intéressantes.

C'est en effet un domaine dans lequel le législateur a pris la main avec la loi du 4 mars 2002, alors que jusque-là, le juge tant administratif que judiciaire avait mis en place des mécanismes de réparation.

La loi du 4 mars 2002 a joué un rôle essentiel en mettant en place un régime particulier de réparation des dommages résultant des infections nosocomiales, mais applicable uniquement aux infections consécutives à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins, réalisées à compter du 5 septembre 2001.

Nous allons d'abord nous intéresser à la définition de l'infection nosocomiale, puis ensuite au régime de réparation et, enfin, à la coexistence de mécanismes de responsabilité et de prise en charge par la solidarité nationale.

En ce qui concerne la définition de l'infection nosocomiale, le constat de départ est qu'il n'y a pas de définition donnée par la loi et c'est précisément la difficulté.

Jean-Louis Gallet va nous parler de la jurisprudence judiciaire sur la définition et la preuve de l'infection nosocomiale.

Jean-Louis Gallet

Conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Comme cela vient d'être dit, le législateur s'est volontairement abstenu de donner une définition des infections nosocomiales. Il a laissé au juge le soin d'en déterminer les contours. Ainsi, en l'absence de définition légale, le juge est dans son rôle de qualification, qu'il pratique d'ailleurs usuellement. On mesure alors l'enjeu qui s'attache à cette définition, puisque selon que l'infection dont se plaint le malade sera ou non qualifiée de maladie nosocomiale, il bénéficiera ou non du régime d'indemnisation prévu.

Précisément, il incombe au patient ou à ses ayants droit de démontrer le caractère nosocomial de l'infection dont il souffre. Autrement dit, le patient a la charge de la preuve du caractère nosocomial de son infection : au soutien de sa demande d'indemnisation, il doit apporter les éléments permettant au juge de retenir cette qualification. Cette charge de la preuve est d'ailleurs conforme au principe classique selon lequel il appartient au demandeur d'apporter la justification de sa prétention. La Cour de cassation a à plusieurs reprises statué en ce sens : « *il appartient au patient de démontrer que l'infection dont il est atteint présente un caractère nosocomial, auquel cas le médecin est tenu à une obligation de sécurité et de résultat* »²⁴¹. Le plus souvent, c'est évidemment une expertise qui permettra

241 Cass., 1^{ère} civ., 27 mars 2001, pourvoi n° 99-17672, Bull. n° 87 ; Cass., 1^{ère} civ., 1er mars 2005, pourvoi n° 03-16789, Bull. n° 111.

d'apporter cette preuve. Mais, la Cour de cassation a montré, dans un arrêt de 2008²⁴², son souci de faciliter cette preuve puisqu'elle juge que cette preuve peut être apportée par des présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes.

La conséquence est que les juges du fond apprécient souverainement si l'infection que présente le patient a un caractère nosocomial ou non. Un arrêt de 2005²⁴³ évoque et affirme ce pouvoir souverain des juges du fond, dont l'existence peut évidemment impliquer des appréciations différentes.

Selon la définition usuellement retenue, l'infection nosocomiale est l'infection contractée dans un établissement de santé, à l'occasion d'une hospitalisation ou de soins ambulatoires ou dans le cabinet d'un praticien de santé. A cet égard d'ailleurs on semble préférer plutôt la notion d'infection associée aux soins.

Quoiqu'il en soit, l'article L. 1142-1 alinéa 2 du code de la santé publique n'évoque que les infections nosocomiales contractées dans les établissements, services et organismes de santé, mais non celles contractées au sein des cabinets des praticiens libéraux. La définition que je viens d'évoquer a été en réalité affinée : une infection est dite nosocomiale si elle apparaît au cours ou à la suite d'une hospitalisation et si elle était absente à l'admission à l'hôpital. Elle peut donc se déclarer *a posteriori*, après la sortie de l'hôpital, mais doit avoir son origine dans l'hospitalisation et les soins qui ont été prodigués au patient. Elle ne doit pas avoir existé avant l'hospitalisation, étant à cet égard observé qu'il est parfois difficile de connaître précisément l'état de santé du patient avant l'admission, par exemple s'il a été admis en urgence. Le rôle de l'expertise et de la preuve par présomptions est donc vraiment très important pour asseoir la conviction des juges. La réunion de ces présomptions peut découler de la concordance des temps entre les soins en milieu hospitalier et l'apparition de l'infection ou de l'élimination des autres causes possibles.

Mais on sait que les infections peuvent avoir des origines multifactorielles. La sophistication des modes d'intervention et de traitement ainsi que les données physiologiques, épidémiologiques et sanitaires propres à chaque patient peuvent se combiner pour aboutir au déclenchement d'une infection. Et c'est ainsi qu'on a pu distinguer entre les infections dites endogènes, provenant des germes propres dont le patient est normalement porteur, et les infections dites exogènes, dues aux micro-organismes qui sont présents dans l'établissement de santé, seules ces dernières révélant un défaut d'asepsie ou d'hygiène de la part dudit établissement. La Cour de cassation a d'emblée refusé cette distinction, dont la mise en œuvre risquait de déboucher sur des débats complexes et infinis. Elle a adopté une conception extensive de l'infection nosocomiale en récusant toute distinction selon que l'infection a une origine exogène ou endogène dans un arrêt du 4 avril 2006²⁴⁴, qui a été déjà cité : « *la responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infections nosocomiales n'est pas limitée aux infections d'origine exogène* ». Voilà une jurisprudence qui a été énoncée à cette époque et qui est désormais acquise. La Cour de cassation a considéré, dans

242 Cass., 1^{ère} civ., 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-13791, Bull. n° 245.

243 Cass., 1^{ère} civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-12066, Bull. n° 276.

244 Cass., 1^{ère} civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17491, Bull. n° 191.



cette espèce de 2006, que la migration du germe saprophyte chez la patiente est résultée directement de l'acte invasif que celle-ci avait dû subir et, par conséquent, n'est pas extérieure à l'intervention médicale ni donc imprévisible. On retrouve cette affirmation dans un arrêt du 14 juin 2007²⁴⁵ qui statue dans le même sens.

On peut peut-être même noter une tendance dans la jurisprudence à ce que le doute sur l'origine de l'infection profite à la victime et suffise à conférer à l'infection son caractère nosocomial. On retrouve ce « pressentiment » dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 1^{er} juillet 2010²⁴⁶. Il s'agissait de deux petits jumeaux qui ont contracté une méningite bactérienne lors de leur séjour dans un établissement - l'un des deux décéda ; la clinique a été condamnée à indemnisation. Le pourvoi devant la Cour de cassation reprochait à la Cour d'appel, d'une part, d'avoir jugé qu'il suffisait, pour qu'il y ait infection nosocomiale, que celle-ci ait été contractée au cours du séjour dans l'établissement de soins si elle était absente à l'admission alors que, selon le moyen, il n'y a infection nosocomiale que si la contamination est imputable aux soins dispensés ou à l'activité de l'établissement de soins ; selon le pourvoi, le séjour lui-même ne suffisait pas. Le pourvoi reprochait d'autre part à la Cour d'appel de s'être fondée sur des présomptions graves, précises et concordantes alors que le rapport d'expertise qui était au dossier énonçait que le cas des jumeaux dans cette clinique avait été isolé et donc ne s'inscrivait pas dans une espèce d'épidémie qui aurait frappée l'unité de soins. Dans l'arrêt du 1^{er} juillet 2010, la Cour de cassation rejette le pourvoi, la Cour d'appel ayant fait sienne les conclusions des experts selon lesquelles les enfants avaient été probablement atteints d'une infection à transmission horizontale, « *possiblement nosocomiale* » et liée aux soins prodigués. La Cour de cassation a relevé que : « *la cour d'appel en a déduit souverainement (..) non seulement que l'infection avait été contractée par les deux nouveaux nés dans l'établissement mais que les demandeurs avaient fait, à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes, la preuve, qu'il leur incombait, de ce que la méningite contractée par [les jumeaux] lors de leur séjour dans la clinique (...) leur avait été transmise à l'occasion des soins qu'ils y avaient reçus et qu'il s'agissait en conséquence d'une infection nosocomiale* ».

Il y a donc dans les contraintes de preuve une certaine souplesse de la part de la Cour de cassation. Il faut aussi rappeler que la jurisprudence judiciaire a toujours eu une conception extensive de l'infection nosocomiale, en ce sens qu'elle avait, antérieurement à la loi de 2002, retenu une présomption de responsabilité puis une obligation de sécurité et de résultat non seulement à l'égard des établissements, mais également à l'égard des médecins intervenant dans leur cabinet et non au sein d'un établissement de santé²⁴⁷.

Cette jurisprudence n'est d'ailleurs pas sans lien avec l'admission très restrictive de la cause étrangère exonératoire.

Il est vrai que parmi les infections nosocomiales certaines ne sont pas maîtrisables techniquement en dépit des précautions prises par les établissements et, constituant en quelque sorte un aléa infectieux, paraissent relever de l'aléa thérapeutique.

245 Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-10812, Bull. n° 233.

246 Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-67465, inédit au Bull.

247 Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1999, pourvois n° 97-14254 et 97-15818, Bull. n° 220 et 222.

Mais certaines décisions de la Cour de cassation traduisent une incompatibilité entre infection nosocomiale et aléa thérapeutique. Je pense surtout à une décision du 21 juin 2005²⁴⁸ : la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont le médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient.

Sans doute peut-on se demander s'il n'y a pas lieu de distinguer entre les infections résistantes et les infections irrésistibles : c'est le débat qui est ouvert par la décision du 1^{er} juillet 2010, que j'évoquerai ultérieurement²⁴⁹.

Christine Maugüé,
*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

Sur la jurisprudence administrative et ses évolutions récentes, Philippe Ranquet

Philippe Ranquet
*Maître des requêtes, membre de la 5^{ème} sous-section de la section
du contentieux et de la section sociale*

La deuxième table ronde d'hier a déjà largement évoqué la décision du 10 octobre 2011. Par cette décision *CHU d'Angers*²⁵⁰, dont le sens est très simple, le Conseil d'État a adopté dans l'application des termes de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique la même compréhension, la même définition, de la cause exonératoire que la Cour de cassation.

La cause exonératoire, c'est la cause étrangère comprise comme par la Cour de cassation, c'est-à-dire caractérisée par les mêmes éléments que la force majeure : le caractère extérieur, imprévisible et irrésistible. Dans la décision *CHU d'Angers*, alors même que l'expert relevait que l'infection qui s'est produite est difficilement maîtrisable, il n'était pas démontré par-là qu'elle présentait le caractère imprévisible et irrésistible caractérisant la cause étrangère.

Par là, le Conseil d'État a abandonné une jurisprudence qui n'était plus compatible avec la définition que le législateur avait donnée du régime d'indemnisation des infections nosocomiales. Cette définition, nous la donnons 9 ou 10 ans après. L'application du nouveau régime prend en effet le temps que les affaires parviennent jusqu'à nous. C'est dans ce cadre que s'opérera maintenant l'indemnisation.

Dans ce régime, qui est nouveau, cette décision en ayant posé la première pierre, beaucoup des éléments vont ressembler à ce qu'a déjà construit la Cour de cassation avec les mêmes prémices. A ce stade, je voudrais surtout évoquer quelques considérations qui sont davantage de l'ordre d'une mise en perspective de l'évolution qu'a eu la jurisprudence du Conseil d'État dans les dernières années,

248 Cass., 1^{ère} civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-12066, Bull. n° 276.

249 Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-69151, Bull. n° 155.

250 CE, 10 octobre 2011, *CHU d'Angers*, n° 328500, Rec. p.458.



avec un régime jurisprudentiel qui était alors différent. Il s'agit en particulier de montrer comment cette évolution s'articule avec la problématique de santé publique qu'est la lutte contre les infections nosocomiales.

Le propre des infections nosocomiales, ce qui en a fait une problématique importante de santé publique, c'est qu'elles sont la marque d'un dysfonctionnement du système de santé pris dans son ensemble, ou en tout cas d'un établissement de santé pris dans sa globalité. C'est en fait un problème d'environnement. La façon dont l'infection nosocomiale va être contractée n'est pas seulement une question de geste technique bien déterminé qui aurait été mal réalisé, c'est aussi l'effet de tout un contexte. C'est dans cette logique qu'a été mise en place la politique de lutte contre les infections nosocomiales. Ce n'est pas d'ailleurs un hasard si la première décision du Conseil d'État qui a été retenue et commentée hier sur les infections nosocomiales, c'est-à-dire la décision *Cohen* de 1988²⁵¹, est concomitante de la naissance de cette politique organisée de lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements.

Cette politique met en jeu l'organisation d'ensemble de l'établissement, face à une problématique qui le concerne dans son ensemble. Il est impossible de laisser le patient démuni devant les échecs de la politique mise en œuvre. Mais il est aussi impossible compte tenu du caractère global de la problématique posée, de passer par la faute prouvée pour arriver à une indemnisation.

Dans cette conception-là, la solution qui s'était dégagée assez logiquement, la première adoptée par le Conseil d'État, c'était de passer par la présomption de faute dans l'organisation du service : elle s'imposait, parce qu'on est justement face à une question de fonctionnement d'ensemble du service.

Il était aussi légitime sur ce terrain de se poser la question qui vient d'être évoquée et qui a aussi été débattue lors de la table ronde d'hier, du caractère évitable ou inévitable de l'infection nosocomiale. Il est en effet cohérent d'avoir une politique d'indemnisation qui est aussi une incitation pour les établissements à s'impliquer dans la politique de lutte contre les infections nosocomiales. Est-ce que ce sens est respecté si l'on se met à indemniser quelque chose contre quoi, même avec la meilleure politique de qualité possible, on ne peut rien faire ?

La question s'est posée. Les particularités du régime jurisprudentiel que le Conseil d'État a abandonné, parce qu'il n'a plus sa place dans le nouveau cadre législatif, se sont en partie expliquées par la recherche d'une réponse à cette question. Or la recherche d'une réponse à cette question de l'inévitabilité est parfois un peu décevante. On se heurte à un certain nombre d'apories. Ainsi, la distinction entre infections endogènes et exogènes a été forgée du côté du Conseil d'État, sur le fondement de la présomption de faute dans le fonctionnement et l'organisation du service, pour retenir que l'infection nosocomiale endogène ne caractérise pas cette faute présumée²⁵².

Si l'on a raisonné ainsi, et cela ressort très clairement des conclusions du rapporteur public dans cette affaire, c'est précisément en considérant que la faute d'asepsie

251 CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, n° 65087, Rec. p. 431.

252 CE, 27 septembre 2002, *Mme N.*, n° 211370, Rec. p. 315.



présumée ne pouvait pas être caractérisée dans un cas où le germe était déjà porté par l'intéressé. C'est donc bien par le raisonnement de l'évitabilité ou de l'inévitabilité qu'on est arrivé à cette conclusion.

Maintenant était-ce un critère parfaitement satisfaisant ou pertinent pour caractériser l'évitabilité ou l'inévitabilité ? Est-ce que toute migration de germe est inévitable ? Est-ce qu'on ne peut rien faire contre elle médicalement ou par l'organisation du service ? Ça n'est pas du tout évident.

A ces questions s'ajoute la difficulté qu'il y a à distinguer ce qui est vraiment endogène de ce qui est vraiment exogène. Ainsi, ce qui est sur votre peau, certes vous le portez mais après tout c'est aussi dans le milieu extérieur, ça peut être à la fois sur votre peau et dans le milieu hospitalier. Dans ce cas, on a deux causes possibles.

Ce sont tous ces éléments-là qui avaient conduit, avant même la décision du 10 octobre 2011, à une restriction de l'application de ce régime particulier de l'infection nosocomiale endogène. Ainsi, par exemple par une décision du 2 février 2011 *Leverne*²⁵³, nous avons jugé qu'il faut que soit démontré d'une manière certaine le caractère endogène pour qu'il n'y ait pas de présomption de faute. Dans tous les autres cas, s'il y a incertitude si c'est endogène ou exogène, la présomption de faute continuait à jouer. Une autre hésitation que nous avons tranchée montre qu'il est très difficile d'identifier l'infection inévitable. La question était de savoir ce qu'il en est d'une personne en situation d'immunodépression. Est-ce que cela conduit à penser que dans ce cas l'infection est inévitable ? On peut tenir ce raisonnement comme celui exactement inverse, consistant à dire que puisque la personne est en situation d'immunodépression, le service est d'autant plus tenu de mettre en œuvre la politique de haute qualité requise pour éviter l'infection. Il n'y a donc jamais eu de décision jugeant que l'immunodépression d'un patient faisait disparaître la présomption de faute.

On voit alors pourquoi la réponse qu'a apportée le législateur en 2002 était attendue. Il a finalement tranché parmi des options entre lesquelles le choix est binaire - c'était la conclusion de Didier Chauvaux dans la deuxième table ronde. Soit on a une logique de faute, c'est-à-dire qu'on définit ce que doit mettre en œuvre le service, et s'il l'a mis en œuvre il n'y a pas de responsabilité. Mais cette faute est extrêmement difficile à prouver donc on restreint le champ de l'indemnisation, et par là même l'effet utile du dispositif d'indemnisation comme élément incitateur à la lutte contre l'infection nosocomiale. Soit on va à un extrême inverse, qu'il faut assumer : la responsabilité de plein droit.

Cela, je crois, déplace la question de l'inévitabilité vers un autre terrain : la définition même de l'infection nosocomiale.

On le voit déjà dans des moyens qui sont soulevés. On a déjà rencontré dans des affaires le moyen consistant à dire : le patient présentait telle ou telle caractéristique à son entrée dans le service, certes l'infection n'était pas déjà déclarée sinon il n'y aurait pas de débat, mais il portait le germe sous une forme non pathogène ou bien il était dans un état de santé qui le rendait plus susceptible d'acquérir l'infection ; est-ce que dans ce cas l'infection est encore nosocomiale ? Voilà le type de débat

²⁵³ CE, 2 février 2011, *Leverne*, n° 320052, à mentionner aux Tables.



qui se pose. La définition de l'infection nosocomiale ne se trouve pas dans la loi mais dans la doctrine, par exemple dans celle du Comité national de lutte contre les infections nosocomiales.

Cette définition de l'infection associée aux soins est volontairement très large et en particulier se fonde sur une notion de concomitance : c'est ce qui se passe à l'occasion des soins et pas forcément ce qui a été causé par eux. C'est le sens de l'arrêt de 2006 qui a été cité tout à l'heure.

A mesure qu'on a davantage recouru à cette notion d'infection associée aux soins, cela a rendu plus perceptible la différence de régime entre les établissements de santé et les professionnels libéraux. Ce qui est associé aux soins, c'est tout ce qui se passe dans le cadre des soins, or les soins ne sont pas nécessairement des soins qui ont été prodigués dans un établissement. Toute la théorie de l'infection nosocomiale a été pensée pour l'établissement, je pense l'avoir montré par le contexte dont on est parti, d'ailleurs le terme nosocomial vient d'un mot qui veut dire *hôpital* au sens large. Mais une fois que l'on s'est orienté vers cette notion d'association aux soins, pourquoi pas d'autres soins ? Est-ce que la même problématique ne se pose pas ailleurs ? Cette question concerne davantage la jurisprudence judiciaire, c'est dans son champ que se pose la question de la responsabilité du professionnel libéral.

Enfin, le choix opéré dans l'option binaire que l'on avait en 2002, c'est bien l'extrême inverse de celui de la responsabilité pour faute. Cela pose autrement la question de l'équilibre entre l'évitable et l'inévitable, c'est-à-dire entre ce qu'on peut faire supporter à l'établissement et ce qu'il n'est pas légitime de lui faire supporter. D'un certain point de vue, le législateur a traité cette question, c'est ce que nous a dit M. le député Huet lors de la première table ronde, en faisant coexister deux régimes : celui de l'infection nosocomiale ayant causé un dommage supérieur au seuil de 25 % d'IPP et le régime applicable aux autres infections nosocomiales. Ce n'est pas le rôle du juge de discuter de la légitimité de cet équilibre. En tout cas, on voit bien que la question a été posée et prise en compte.

Christine Maugué,

*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

Ceci me fournit la transition vers le deuxième point que nous voulons aborder : le régime de réparation et la différence selon qu'est mis en cause un professionnel de santé ou un établissement de santé et les causes d'exonération. M. Gallet, nous vous écoutons sur ces questions.

Jean-Louis Gallet

Conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Il convient d'avoir à l'esprit la coexistence de régimes différents, selon que l'infection est contractée dans un établissement de santé (infection nosocomiale) ou en médecine de ville, alors soumise à un régime de responsabilité pour faute.

1. Les établissements de santé

S'agissant des établissements de santé, **avant la loi du 4 mars 2002**, la jurisprudence, après avoir mis à la charge des établissements et praticiens une obligation de sécurité de moyens (arrêt *Mercier*²⁵⁴) puis consacré une présomption de faute à la charge des établissements privés lorsque l'infection avait été contractée lors d'une intervention, a fondé ses décisions sur une obligation de sécurité de résultat pour les établissements de santé privés et les praticiens, qui ne pouvaient s'en exonérer que par la preuve d'une cause étrangère²⁵⁵. La jurisprudence était la même pour le praticien²⁵⁶. La preuve d'une absence de faute ne suffisait donc plus à les exonérer de leur responsabilité.

Depuis la loi du 4 mars 2002, le législateur a adopté pour les établissements de santé le régime qui avait été défini par la Cour de cassation : une responsabilité de plein droit, sauf en cas de cause étrangère²⁵⁷. Ce régime est applicable aux infections nosocomiales consécutives à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins qui sont postérieures au 5 septembre 2001.

Mais la loi du 30 décembre 2002 organise un dispositif d'indemnisation des dommages résultant d'infections nosocomiales générant un taux d'incapacité permanente supérieure à 25 % fondé sur la solidarité nationale (prise en charge par l'ONIAM) : ce régime d'indemnisation mettant en œuvre la solidarité nationale a été jugé distinct de celui résultant de la loi du 4 mars 2002 et, partant, applicable à compter du 1^{er} janvier 2003, la loi du 30 décembre 2002 n'étant pas d'application rétroactive²⁵⁸.

La preuve du caractère nosocomial de l'infection implique d'apporter la preuve que celle-ci trouve son origine ou a été contractée dans un établissement déterminé. Sur ce point, la jurisprudence a évolué, approuvant d'abord une cour d'appel d'avoir débouté un patient de son action en responsabilité contre deux praticiens, faute de déterminer lequel des deux était à l'origine de son infection²⁵⁹, puis jugeant qu'en cas de pluralité d'établissements, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de l'infection²⁶⁰, cette dernière position aboutissant au transfert de la charge de la preuve dès lors que le patient a établi le caractère nosocomial de l'infection dont il souffre.

Lorsque la responsabilité de l'établissement de santé est engagée du fait d'une infection nosocomiale, en l'absence de cause étrangère, la victime est indemnisée, soit par l'établissement, soit par la solidarité nationale lorsque les dommages en résultant correspondent à un taux d'incapacité supérieur à 25 %, sauf à l'ONIAM à exercer une action subrogatoire contre l'établissement ou le professionnel fautif. A cet égard, il a été jugé que « *le droit de la victime à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable* »²⁶¹.

254 Cass., 20 mai 1936, arrêt *Mercier*.

255 Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-14254, Bull. n° 220.

256 Cass., 1^{ère} civ., 13 février 2001, pourvoi n° 98-19433, Bull. n° 32.

257 Art. L. 1141-1 I, alinéa 2 du code de la santé publique.

258 Cass., 1^{ère} civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-17605, Bull. n° 231.

259 Cass., 1^{ère} civ., 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-16865, inédit au Bull.

260 Cass., 1^{ère} civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-67011, Bull. n° 137.

261 Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-20571, inédit au Bull.



La cause étrangère à l'établissement est la seule cause d'exonération de la responsabilité en matière d'infection nosocomiale. La formule évoque la force majeure - événement extérieur, imprévisible et irrésistible, étant rappelé que la jurisprudence est restrictive pour admettre cette cause d'exonération. D'une façon générale, selon la jurisprudence, une cause étrangère doit ne pas être imputable au responsable de plein droit et doit revêtir pour ce dernier un caractère imprévisible et irrésistible, ou être due au fait de la victime.

Nous avons vu il y a un instant que l'infection nosocomiale d'origine endogène ne constitue pas une cause étrangère²⁶², du moins lorsqu'elle est liée à l'acte médical invasif. Il faut toutefois que ce lien soit établi entre l'acte médical invasif et l'infection dont l'origine endogène est certaine, cette preuve incombant à la victime.

Indépendamment de l'acte médical invasif qui provoque le déclenchement de l'infection, le risque connu de complication, lié à l'intervention chirurgicale, ne constitue pas davantage une cause étrangère, d'après une décision du 18 février 2009²⁶³. Ceci semble par conséquent exclure la notion d'aléa infectieux, dès lors que le risque en est connu. En effet, le risque connu exclut l'imprévisibilité et, partant, ne peut constituer une cause étrangère.

De même, selon une décision de la 1^{ère} chambre civile du 1^{er} juillet 2010²⁶⁴, l'existence d'une faute antérieure ayant rendu nécessaire l'intervention au cours de laquelle a été contractée l'infection nosocomiale ne peut être alléguée comme cause étrangère. L'hypothèse était alors la suivante : après une première intervention pour résorber une fracture, la patiente a dû subir une nouvelle intervention par un autre chirurgien, dans un autre établissement. Victime d'une infection, elle a recherché la responsabilité de son premier chirurgien, lequel a appelé en intervention forcée le second établissement qui a été déclaré seul entièrement responsable des conséquences de l'infection nosocomiale. Le second établissement s'est pourvu en cassation et son pourvoi a été rejeté : le caractère nosocomial de l'infection étant établi, la circonstance qu'une faute commise antérieurement ait rendu nécessaire l'intervention au cours de laquelle celle-ci a été contractée ne saurait « *dès lors qu'il n'est pas allégué qu'elle aurait rendu l'infection inévitable* » constituer une cause étrangère.

L'incise « *dès lors qu'il n'est pas allégué qu'elle aurait rendu l'infection inévitable* », contenue dans l'arrêt, peut générer un doute : *quid* si l'infection avait été inévitable ? Est-ce que le caractère inévitable constitue la cause exonératoire ? Il est possible d'interpréter cette incise comme voulant dire que les circonstances antérieures ne rendaient pas l'infection inévitable. Cependant, il y a une difficulté dans une telle interprétation, si l'on se reporte à la motivation de l'arrêt de la cour d'appel, selon laquelle « *dès lors que cette infection est survenue au cours de la prise en charge de la victime par le médecin qui a pratiqué la deuxième intervention chirurgicale et qu'il est établi qu'elle n'était ni présente ni en incubation au début de sa prise en charge* ». L'avenir de la jurisprudence clarifiera peut-être cette expression.

262 Cass., 1^{ère} civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17491, Bull. n° 191.

263 Cass., 1^{ère} civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-15979, Bull. n° 37.

264 Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-69151, Bull. n° 155.



On peut observer que la notion de maladie nosocomiale, due à un défaut d'asepsie ou d'hygiène, est difficilement conciliable avec la notion de force majeure, irrésistible et imprévisible. C'est pourquoi je pense qu'on peut douter qu'un tiers, un visiteur du patient hospitalisé par exemple, puisse être toujours regardé comme une cause étrangère, dès lors qu'il appartient à l'établissement de prendre toutes dispositions et toutes mesures pour prévenir les risques d'infection, aussi bien à l'égard de son personnel qu'à l'égard des personnes venant dans le service.

2. Sur les professionnels de santé

Avant la loi du 4 mars 2002, la jurisprudence mettait à la charge des professionnels de santé une obligation de sécurité de résultat²⁶⁵, sauf cause étrangère. Cette obligation de résultat dérogée en juin 1999 peut être mise à la charge d'un praticien dont la responsabilité est recherchée pour des faits remontant à une époque où n'était alors retenue qu'une obligation de moyens, « *la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne (pouvant) consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge* »²⁶⁶. Donc le médecin reste tenu d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère, pour les actes médicaux antérieurs au 5 septembre 2001.

Depuis la loi du 4 mars 2002, on est dans un régime de responsabilité pour faute du praticien. La preuve est à la charge de la victime, qui doit établir que l'infection dont elle souffre résulte du non respect des mesures d'asepsie ou de prophylaxie dans le cabinet et qu'il n'existe aucune autre cause possible d'infection. Il appartient au médecin d'apporter la preuve du contraire.

Par une décision du 8 avril 2010²⁶⁷, il a été jugé que la faute peut consister en un défaut d'information sur le risque d'infection nosocomiale en rapport avec l'acte médical envisagé. Dans cette espèce, une personne avait subi trois infiltrations et était atteinte d'une arthrite septique. La cour d'appel a retenu qu'il ne pouvait être reproché au praticien, tenu d'informer le patient des seuls risques liés à l'intervention, de ne pas l'avoir informé d'un risque non lié à l'intervention. En l'absence de faute du médecin, il n'était établi aucun lien de causalité entre l'infection et l'intervention. C'était donc la teneur même de l'information qui était en cause. La Cour de cassation a toutefois jugé que la cour d'appel ne pouvait, en présence d'un risque nosocomial scientifiquement connu comme étant en rapport avec ce type d'intervention, se fonder sur la seule absence de faute du praticien dans la réalisation de l'intervention pour déterminer la teneur de son devoir d'information. La Cour de cassation retient donc, à la charge du médecin, une obligation d'information de tous les risques connus et normalement prévisibles. Le préjudice résultant du manquement à cette obligation va être indemnisé. Finalement, on peut penser que c'est un préjudice autonome, *sui generis*, qui

265 Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-15818 et 97-21903, Bull. n° 220 et 222 ; Cass., 1^{ère} civ., 13 février 2001, pourvoi n° 98-19433, Bull. n° 32.

266 Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-14932 et 08-16914, Bull. n° 124.

267 Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-21058, Bull. n° 90.



trouve sa source précisément, comme cela a été dit, dans l'atteinte à la dignité du malade.

Christine Maugüé,
*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

Mme Laude, merci d'aborder maintenant la question de la dualité de régimes.

Anne Laude
Professeur à l'université de Paris V- René Descartes

Je souhaiterais rappeler que le régime de responsabilité des infections nosocomiales en médecine libérale, qui nécessite précisément la preuve de la faute du médecin, peut apparaître très défavorable aux victimes et conduire à se demander s'il ne serait pas opportun d'envisager éventuellement un régime unique de responsabilité de plein droit pour les établissements et les professionnels de santé.

Cela pourrait éventuellement se justifier, on l'a déjà évoqué hier, pour deux raisons essentiellement :

- parce que certains actes médicaux y compris invasifs sont réalisés en cabinet médical ;
- parce qu'également demain va se développer l'hospitalisation à domicile et donc les risques d'infection nosocomiale, y compris en libéral (néanmoins on ne connaît pas aujourd'hui quelle est la prévalence de ce risque nosocomial en libéral).

On peut souligner aussi que certains droits étrangers ont établi une unité de régime en matière d'infection nosocomiale, qui s'applique à l'établissement comme à la médecine libérale, comme c'est le cas en Belgique. Je pense notamment à la loi belge relative à l'indemnisation des dommages qui résultent de soins de santé qui vient d'être adoptée le 31 mars 2010. Par cette loi, le législateur belge a assimilé les infections nosocomiales à n'importe quel autre accident médical et traite les conséquences de l'infection nosocomiale sur le même régime que tous les accidents médicaux, c'est-à-dire qu'il distingue les infections nosocomiales fautives des infections nosocomiales non fautives. Lorsque l'infection nosocomiale est fautive, elle engage la responsabilité du prestataire de soins, qu'il exerce en secteur libéral ou dans le cadre d'un établissement. En revanche, quand l'infection nosocomiale est non fautive, elle est indemnisable sur le fondement de cette nouvelle loi, au titre de l'accident médical non fautif, et notamment par le fonds des accidents médicaux - l'équivalent en quelque sorte de l'ONIAM - que le législateur a introduit.

Si l'on arrivait à une unité de régime de responsabilité de l'infection nosocomiale en médecine libérale et en médecine hospitalière, cela aurait évidemment des conséquences. Et surtout, l'extension éventuelle du régime de responsabilité de plein droit aux infections nosocomiales en médecine de ville, les assureurs le soulignent souvent, comporterait le risque d'augmentation des primes d'assurance

pour les médecins qui pourraient dans une certaine mesure voir leur responsabilité plus souvent engagée .

Ce risque serait peut-être sans véritable commune mesure avec le risque nosocomial en médecine libérale. C'est en tout cas un argument qu'évoquent parfois les assureurs.

L'extension du régime d'indemnisation de plein droit aux infections nosocomiales ou associées aux soins contractées en médecine de ville ne pourrait bien évidemment se faire qu'avec l'intervention du législateur et sous certaines conditions. Elle supposerait d'être accompagnée d'une politique de lutte contre le risque nosocomial dans le secteur libéral.

On revient ici sur une question qui a été débattue et que je ne ferais que rappeler : l'unification du régime de responsabilité en matière d'infection nosocomiale nécessite, au préalable, de mieux définir ce qu'est ou n'est pas nosocomial.

Christine Maugüé,
*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

Nous allons peut-être dire quelques mots, avant de terminer le sujet des infections nosocomiales, sur le mécanisme de solidarité nationale qui joue pour les infections au-dessus de 25 %, qui entraîne une IPP supérieure à 25 %.

La coexistence de ces régimes à la foi de responsabilité pour faute pour la médecine de ville, de réparation de plein droit par les établissements de santé jusqu'à un seuil d'IPP de 25 %, puis de relais pris ensuite par la solidarité nationale au-dessus de ce seuil, est-elle un facteur de complication ? Comment cela fonctionne-t-il ? Mme Laude, vous avez la parole.

Anne Laude
Professeur à l'université de Paris V- René Descartes

Je ne sais pas s'il s'agit d'un facteur de complication. Ce qu'il faut voir, c'est que le régime légal actuel et choisi est finalement le fruit d'un compromis entre trois éléments :

- d'une part, la volonté de protéger mieux les victimes ;
- d'autre part, celle de davantage responsabiliser les établissements de santé ;
- enfin, celle de sauvegarder l'assurabilité des établissements.

Ce régime légal est complexe, vous l'avez dit, et il l'est d'autant plus que dans un certain nombre de cas, lorsque l'infection est de l'ordre de plus de 25 % ou lorsqu'elle entraîne le décès de la victime, l'ONIAM prend en charge ces infections nosocomiales.

Alors, statistiquement, le législateur a-t-il introduit une charge importante pour l'ONIAM ? Manifestement non à en lire les rapports d'activité de l'Office. Il apparaît par exemple que, pour les années 2009 et 2010, lorsqu'on se rapporte au nombre

d'avis positifs émis par les CRCI sur la période, la part d'infections nosocomiales à la charge de l'ONIAM est finalement très faible, de l'ordre de 6 à 7 %.

En quelque sorte, ce que l'on peut souligner, c'est que les infections nosocomiales les plus graves ne sont pas les plus fréquentes. Il y a donc un partage de l'indemnisation des infections nosocomiales entre l'ONIAM et les assureurs qui n'est pas égalitaire, mais c'est ce que le législateur a souhaité en réservant à la solidarité nationale l'indemnisation des infections nosocomiales les plus graves.

Néanmoins, cette coexistence de régime peut effectivement soulever des difficultés juridiques plus pointues et que j'illustrerai au travers d'une décision rendue par le Conseil d'État le 21 mars 2011²⁶⁸. La question qui se posait alors était celle de savoir, en cas de taux d'IPP supérieur à 25 %, si l'ONIAM devait nécessairement indemniser la victime, ou s'il pouvait refuser de l'indemniser en invoquant la faute de l'établissement ?

C'était la solution que soutenait l'ONIAM mais que le Conseil d'État n'a pas suivie en considérant que l'ONIAM est tenu d'assurer la réparation au titre de la solidarité nationale, à la seule condition que ces infections aient entraîné une IPP supérieure à 25 % et qu'il ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant la responsabilité de l'établissement.

Le Conseil d'État précise toutefois que l'Office peut éventuellement demander à l'établissement de santé de l'indemniser de toute ou partie des sommes qui seraient mises à sa charge en exerçant à son encontre une action subrogatoire, prévue par les textes.

Le message est ainsi clair : dès lors que le taux d'IPP est supérieur à 25 %, il revient à l'ONIAM de prendre à sa charge cette indemnisation. Les régimes d'indemnisation des infections nosocomiales sont donc bien distincts, c'est le seuil d'IPP qui fixe le régime d'indemnisation et non pas la cause de l'indemnisation y compris lorsqu'elle aurait été fautive.

Christine Maugué,

*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

Nous allons maintenant quitter le sujet des infections nosocomiales pour nous intéresser aux produits de santé sous deux angles : d'abord sous l'angle de la responsabilité du fait des produits de santé puis ensuite sous l'angle de la qualité des produits de santé.

En ce qui concerne la responsabilité du fait des produits de santé, il existe un régime de droit commun qui est la responsabilité du fait des produits défectueux, mais également des régimes spécifiques d'indemnisation qui se développent. Nous allons d'abord nous arrêter sur la responsabilité de droit commun du fait des produits défectueux avec la question du champ d'application de cette loi.

268 CE, 21 mars 2011, *Centre hospitalier de Saintes*, n° 334501, Rec. p.132.

Cela commence par un constat tout simple, mais gênant, c'est que les produits de santé sont des produits ! Cette banalité est à l'origine d'une hésitation qui a conduit le Conseil d'État à saisir récemment, par la voie préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne²⁶⁹.

Avant que nous ne parlions du contenu même du régime de la loi de 1998²⁷⁰ qui est la transposition de la directive de 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux²⁷¹, il importe de poser la question de la survivance du régime de responsabilité hospitalière du fait de tout produit défectueux, et de voir quelle peut être la place de ce régime.

Je parle de la jurisprudence administrative seulement, même si dans la jurisprudence judiciaire des régimes prévoient aussi des cas particuliers d'engagement de la responsabilité à raison de l'utilisation de produits présentant un caractère défectueux.

Ce régime de la jurisprudence administrative s'est traduit par la décision du 9 juillet 2003, *AP-HP c/ Mme Marzouk*²⁷². Le principe est simple, c'est en fait une extension de la responsabilité sans faute du service public hospitalier dans le cas où, en l'absence de faute, le dommage naît de la défaillance de produits ou matériels. Le champ est très large : il s'agit de tout produit ou matériel qu'il utilise, cela va au-delà des produits de santé au sens du code de la santé publique.

Évidemment, lorsqu'on le compare avec le régime résultant de la directive du 25 juillet 1985 au champ lui aussi très large, on est confronté à la difficulté suivante : ce régime traitant également de la responsabilité sans faute du fait de la défectuosité fait en effet reposer cette responsabilité sur le producteur lorsqu'il est dans l'Union Européenne, sinon c'est l'importateur du produit dans le marché de l'Union Européenne qui tient la place du producteur.

La CJUE a clairement précisé, par un arrêt du 25 avril 2002²⁷³ où elle a condamné la France, qu'il est hors de question, sous quelque prétexte que ce soit, y compris une protection plus forte de la victime, de faire supporter cette responsabilité par le fournisseur, c'est-à-dire par un intermédiaire dans la chaîne qui arrive jusqu'au consommateur, au prétexte par exemple qu'il est plus facile de se retourner contre le fournisseur. Le fournisseur n'est mis en cause que si on ne retrouve pas le producteur.

Que faire dans ces conditions puisqu'on peut au moins intellectuellement assimiler l'établissement de santé à une sorte de fournisseur qui a utilisé le produit et s'en est servi pour une prestation délivrée à un consommateur ? La question n'est plus

269 CE, 4 octobre 2010, *CHU de Besançon*, n° 327449, inédit au Rec.

270 Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

271 Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

272 CE, 9 juillet 2003, *AP-HP de Paris c. Mme Marzouk*, n° 220437, Rec. p. 338.

273 CJUE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, n° C-52/00.

entre nos mains, puisque par la décision du 4 octobre 2010 *CHU de Besançon*²⁷⁴ elle a été transmise à titre préjudiciel à la CJUE, et que nous n'en savons pas plus pour le moment sur les suites de cette affaire²⁷⁵.

Il y a juste quelques éléments que l'on pourrait quand même signaler. Tout d'abord, on est bien dans un cas où la question préjudicielle a été posée car la réponse n'était pas évidente. En d'autres termes, elle n'a pas été posée de manière rhétorique. Il y a bel et bien une possibilité, malgré ce que je viens de dire, qu'il y ait moyen de sauver le régime jurisprudentiel, qu'il soit compatible avec la directive, et pour cela deux options sont concevables.

La première, c'est l'exception qui figure à l'article 13 de cette directive en faveur des droits dont la victime peut se prévaloir au titre de la responsabilité extracontractuelle ou de régimes qui existaient avant que la directive soit notifiée. Certes, l'option d'un régime existant avant que la directive soit notifiée est un peu difficile à tenir avec une décision *Marzouk* datant de 2003. Mais cette décision consacre un régime de responsabilité extracontractuel dont j'ai cité les fondements, la responsabilité sans faute du service public hospitalier, qui est bien un régime spécifique plus ancien, et en plus un régime spécifique dont les fondements sont distincts de ceux du régime de la responsabilité du fait de la défectuosité des produits en général. C'est donc déjà sur ce fondement distinct, la relation particulière entre l'établissement et le patient, qu'on peut se demander s'il n'y a pas moyen de justifier pour le moins la coexistence des deux régimes.

Une autre option a été envisagée. Il est assez surprenant que ce ne soit que maintenant, mais cela s'explique par le fait que le cas des produits de santé a été peu traité encore sous l'empire de cette directive. La question est de savoir si on est vraiment dans le cas d'un produit consommé par le patient. Ce serait le cas par exemple quand l'hôpital lui délivre un médicament. Mais, dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un matériel, assez banal, un matelas chauffant qui avait dysfonctionné. Est-ce que le patient est le consommateur de ce matériel ? C'est là qu'on commence à voir que par sa grande généralité, la directive nous oblige à prendre position par rapport à elle mais utilise des concepts dont la transposition dans le champ de la santé publique et de la responsabilité médicale n'est pas évidente. Est-ce que ce n'est pas plutôt l'établissement qui est l'utilisateur final et qui incorpore le produit ou le matériel dans une prestation qu'il délivre au patient ?

C'est pourquoi une seconde question a été posée dans le renvoi préjudiciel qui est de savoir, dans le cas où l'on serait dans le champ de la directive, si elle s'applique aussi à des produits qui ont été, pourrait-on dire, incorporés dans une prestation de service à des produits dont la victime n'est pas le véritable consommateur : elle serait plutôt en position de tiers par rapport à l'établissement et au producteur. Nous aurons, j'espère, la réponse dans quelques temps.

274 CE, 4 octobre 2010, *CHU de Besançon*, n° 327449, inédit au Rec.

275 CJUE, 21 décembre 2011, n° C495/10.

Christine Maugüé,
*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

Cela est effectivement un sujet majeur et essentiel, on attend avec impatience la décision de la Cour de justice. Sur l'application générale de la loi, nous écoutons maintenant M. Gallet.

Jean-Louis Gallet
Conseiller à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Il n'existe pas un régime spécifique de responsabilité et d'indemnisation du fait des produits de santé²⁷⁶, même si leur mise sur le marché répond à des procédures particulières. C'est donc le droit commun de la responsabilité du fait des produits défectueux qui s'applique aux produits de santé. Et comme cela vient d'être dit, ce droit commun est actuellement issu de la directive du 25 juillet 1985 sur les produits défectueux, transposée par la loi du 19 mai 1998. Cette dernière prévoit, dans son article 1^{er}, que « *le producteur ou fabricant est responsable de plein droit du dommage causé par le défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat à la victime* ».

Dès avant la transposition du régime de responsabilité du fait des produits défectueux prévu par la directive communautaire, la jurisprudence avait dégagé largement et de manière constante l'obligation de sécurité du fabricant, du vendeur professionnel et plus largement du fournisseur professionnel, tenus les uns et les autres de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes et pour les biens²⁷⁷, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les victimes avaient la qualité de parties à un contrat ou de tiers²⁷⁸. La jurisprudence de la Cour de cassation avait mis à la charge du praticien ou de l'établissement de santé privé une obligation de sécurité et de résultat impliquant l'absence de défectuosité des produits fournis et des matériels utilisés pour les actes médicaux d'investigation et de soins²⁷⁹.

Cette jurisprudence est totalement remise en question par l'application de la loi de 1998 transposant la directive communautaire. Le régime de responsabilité objective ainsi instaurée est, selon la CJUE, qui a souligné d'ailleurs que la directive poursuivait un but d'harmonisation totale en la matière, exclusif de tout autre régime général de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle liée à la défectuosité d'un produit, et par conséquent d'un produit de santé sauf, a-t-elle précisé, si l'action est fondée sur la faute ou sur la garantie des vices cachés. Disons tout de suite d'ailleurs que cette réserve de la garantie des vices cachés, autorisée

276 À l'exception des recherches biomédicales sur l'être humain, de la vaccination obligatoire, des contaminations post-transfusionnelles et de l'hormone de croissance.

277 Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 1991, pourvoi n° 89-12748, Bull. n° 201.

278 Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 03-20178, Bull. n° 34.

279 Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 96-12078, Bull. n° 95 (rapport annuel C. Cass., 1998, p. 277) ; Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 1999, pourvoi n° 98-10010, Bull. n° 300 ; Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, pourvoi n° 99-12255, Bull. n° 279 ; Cass., 1^{ère} civ., 4 février 2003, pourvoi n° 00-15572, Bull. n° 40.

par la jurisprudence de la CJUE, est parfaitement inadaptée en l'espèce, dans la mesure où cette garantie, justifiée dans un cadre contractuel, joue en considération de l'utilité du produit ou de son inaptitude à remplir son usage pour l'acquéreur, ce qui n'est guère approprié à l'action d'un patient victime d'un produit ou d'un matériel de santé.

A la différence du régime antérieur, largement d'origine prétorienne, qui permettait à la victime d'agir contre son propre fournisseur, tenu, comme le fabricant, de livrer un produit exempt de tout vice ou défaut de nature à créer un danger pour les personnes, le régime actuel instauré par cette directive ne vise, en principe, que le fabricant ou le producteur. En outre, le défaut, qui est un défaut de sécurité et qui est le fait générateur de la responsabilité dès lors qu'il a causé un dommage, est défini en ce sens que le produit défectueux n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre – ce qui limite la notion à une dangerosité anormale.

On voit à partir de cette présentation très succincte et générale que ce nouveau régime est peu adapté à la situation de la personne qui subit un dommage du fait d'un produit ou d'un matériel de santé, en particulier lorsqu'elle est ou a été traitée dans un milieu hospitalier.

L'imputation du risque du fait d'un produit défectueux est donc légalement circonscrite au fabricant ou au producteur, sauf dans l'hypothèse où le producteur est inconnu, ce qui est quand même relativement rare, je pense, pour ce type de produit. En tout cas, cette spécificité de la responsabilité exclusive du fabricant du producteur vaut pour les produits de santé.

Dès lors, se pose la question de savoir comment concilier ce régime avec celui qui est issu de la loi du 4 mars 2002. La formulation de l'article L. 1142-1-I du CSP, dans les termes duquel « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé ne sont responsables qu'en cas de faute* », semble réserver ou mettre à part ce cas de responsabilité des professionnels de santé.

Cette formulation renvoie-t-elle à l'application de la loi de 1998 aux professionnels de santé ? On peut en douter car cette loi prévoit seulement, comme je le disais, la responsabilité du fabricant ou producteur, ce qui est évidemment rarement le cas d'un établissement hospitalier, public ou privé, ou ce qui est également rarement le cas du praticien. De plus, si renvoi il y a à cette loi de 1998, il a été opéré en 2002, à une époque où l'article 1386-7 du code civil, issu de la transposition de la directive, prévoyait que le fournisseur professionnel pouvait répondre du défaut de son produit dans les mêmes conditions que le producteur, et n'avait pas encore été modifié, comme il le sera ultérieurement suite à la condamnation de la France pour transposition irrégulière. Donc la seule hypothèse qui permet la conciliation entre les textes est celle où l'établissement ou le professionnel de santé peut être regardé comme le fabricant ou le producteur du produit de santé litigieux ou bien lorsque le fabricant est inconnu, ce qui conduit à l'application de l'article 1386-7 du code civil permettant d'imputer la responsabilité au fournisseur professionnel.

Est-ce que cette formulation a instauré un cas de responsabilité du professionnel de santé du fait des produits de santé défectueux ? Cela est *a priori* inconciliable



avec le régime de la directive telle qu'interprétée par la CJUE. On sait que la CJUE tolère, avec le régime de la directive, la coexistence d'« *un régime propre, limité à un secteur déterminé de production* », c'est la réserve de l'article 13 de la directive, à condition qu'il existe déjà au moment de la notification de la directive. Le secteur des produits de santé pourrait-il bénéficier de cette tolérance ? La difficulté est que nous n'avons pas de régime légal propre à ces produits, sauf la jurisprudence évoquée précédemment, à laquelle renvoie sans doute la formulation dont nous parlons, compte tenu de sa date de rédaction (2002). Nous verrons la réponse qui sera apportée à la question préjudicielle posée par le Conseil d'État, c'est évidemment extrêmement déterminant. Mais en l'état actuel des choses la question reste donc largement en suspens de savoir si les professionnels de santé, tenus eux-mêmes à une obligation de sécurité et de résultat, peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité pour manquement à cette obligation en cas de dommages causés à leurs clients ou patients par des produits qu'ils fournissent, utilisent ou prescrivent.

Je voudrais pour terminer rapidement attirer votre attention sur le fait que la Cour de justice de l'Union européenne a énoncé, dans une décision de 2006 *Skov c/ Bilka*, que « *les articles 1^{er} et 3 de la directive (...) déterminent, parmi les professionnels ayant participé au processus de fabrication et de commercialisation, celui qui devra assumer la responsabilité instituée par la directive* »²⁸⁰. Et elle a précisé également que les fournisseurs intermédiaires intervenant dans la chaîne de distribution entraînent dans les prévisions de la directive en ce sens qu'ils ne pouvaient être rendus responsables aux mêmes conditions que le producteur : il s'agit d'une décision de 2007, *Commission c/ Danemark*²⁸¹.

Je pose donc la question : ne peut-on pas retenir que le praticien ou l'établissement de santé n'entre pas dans la chaîne de distribution au sens de la directive et, partant, ne peut invoquer les dispositions de ce texte pour éviter une action en responsabilité du fait des produits de santé ? On pourrait, en effet, considérer que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux ne vaut que dans le cadre du processus de fabrication et de commercialisation, au sens de la directive en question, mais ne trouve pas à s'appliquer à l'égard des fournisseurs, utilisateurs ou prescripteurs qui ne participent pas directement à ce processus. Et comme cela a été dit, le patient n'est pas véritablement un consommateur. En tout cas, attendons la réponse de la CJUE aux questions préjudicielles que le Conseil d'État vient de lui poser.

Christine Maugué,
*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

En ce qui concerne les produits de santé, se sont aussi développés des régimes spécifiques d'indemnisation pour régler certains problèmes sanitaires et notamment certains drames sanitaires mais pas exclusivement.

On peut faire remonter l'origine de ces régimes spécifiques aux mécanismes

280 CJUE, 10 janvier 2006, *Skov AEG c/ Bilka Lavprisvarehus A/S*, n° C-402/03.

281 CJUE, 5 juillet 2007, *Commission c/ Danemark*, n° C-327/05,



d'indemnisation des dommages vaccinaux, avec une loi de 1964²⁸² qui avait mis à la charge de l'État les dommages résultant des vaccinations obligatoires. Le relais a été pris, à la suite de la loi du 4 mars 2002 puis de la loi du 9 août 2004²⁸³, par l'ONIAM en son nom propre.

Au-delà des dommages résultant de vaccinations obligatoires, ont été identifiés les dommages résultant de transfusions pour lesquels, face à un drame sanitaire, le législateur est intervenu alors que les juges tant judiciaire qu'administratif avaient déjà mis en place un mécanisme de réparation des dommages causés.

Très tôt donc, des mécanismes sectoriels ont été mis en place. Tel est le cas pour les victimes de contaminations par le virus du sida, avec la création du « fonds d'indemnisation » par la loi de 1991²⁸⁴, relayé depuis la loi du 9 août 2004 par la Commission d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH de l'ONIAM. Tel est aussi le cas du dispositif de règlement amiable des contaminations transfusionnelles par le virus de l'hépatite C à l'occasion de transfusions, qui relève également de l'ONIAM et a été mis en place par la loi du 17 décembre 2008²⁸⁵. Je pense enfin à la loi de finances rectificative du 29 juillet 2011²⁸⁶ qui prévoit un régime d'indemnisation particulier pour les dommages causés par le Benfluorex, qui passe là encore par l'ONIAM. Néanmoins, dans ce dernier cas, l'ONIAM n'intervient pas au titre de la solidarité nationale mais joue le rôle de facilitateur pour simplifier les choses pour les victimes, la responsabilité reposant sur le laboratoire.

Les dommages résultant de transfusions, ou causés par un produit de santé précis, disposent donc de mécanismes d'indemnisation spécifiques, lesquels peuvent susciter un certain nombre de questions sur le problème du lien de causalité. Nous entendrons sur cette question, en premier lieu, Philippe Ranquet.

Philippe Ranquet

*Membre de la section sociale du Conseil d'État
et de la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux*

C'est un point qui a été abordé lors de la deuxième table ronde. Il concerne le cas particulier, pour lequel des questions de causalité se sont posées, du vaccin de l'hépatite B. C'est dans le cadre du régime d'indemnisation des accidents vaccinaux qu'a été traitée cette question, traitée aussi par la Cour de cassation mais sur le terrain de la loi de 1998.

On a alors deux terrains distincts et cela peut justifier aussi une approche théorique ou une construction intellectuelle différente. En effet, ce qu'il faut absolument retenir du mécanisme d'indemnisation des accidents vaccinaux dans son schéma de départ, issu de la loi du 1^{er} juillet 1964, comme dans son schéma actuel, c'est

282 Loi n° 64-643 du 1^{er} juillet 1964 relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et à la répression des infractions à certaines dispositions du code de la santé publique.

283 Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

284 Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social.

285 Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009.

286 Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

que ce qui est réparé n'est pas la conséquence d'un défaut, comme dans le régime de la loi de 1998. Ce qui est réparé, c'est le dommage causé par la vaccination obligatoire alors même que ce ne serait pas la conséquence d'une défectuosité. En d'autres termes, il n'y a pas seulement la réparation du risque imprévu, il y a aussi la réparation du risque connu et accepté. Et ce qu'il est vraiment essentiel de souligner, et qui ne posait pas problème jusqu'à ce qu'on rencontre la difficulté liée à l'indemnisation d'éventuels dommages causés par le vaccin contre l'hépatite B, c'est qu'indemniser dans le cadre de ce régime n'est pas, et n'est en aucun cas, remettre en cause le rapport bénéfice-risque individuel ou le bénéfice collectif de la vaccination. Au contraire, il peut tout à fait légitimement y avoir une prise de risque acceptée pour l'individu dans le cadre d'un bénéfice collectif.

Dans ce cadre-là, il peut exister un certain frottement, qu'on est obligé de constater, entre la réflexion des autorités sanitaires et celle du juge, qui sont face aux mêmes études scientifiques. Le matériau sur lequel nous travaillons – Didier Houssin lors de la deuxième table ronde a très bien résumé ce dont il s'agit – consiste essentiellement en des études pharmaco-épidémiologiques dont le principe est de raisonner en termes de probabilités. Sur ce terrain, il a existé au départ un doute lié à des signalements de pharmacovigilance. Et si les études ne concluent pas aujourd'hui à l'existence d'un lien, elles ne peuvent pas l'exclure formellement non plus. Je crois que c'est le propre de ce type d'étude. Un tel contexte ne pose aucun problème à l'autorité sanitaire pour continuer à avoir une politique vaccinale.

Mais le juge n'est pas dans la même position. C'est la grande difficulté pour lui : face à un cas individuel, et avec ces éléments de doute, il doit malgré tout trancher. Ce sont ces raisons-là qui nous ont conduits aux solutions qui ont été évoquées hier et qui sont légèrement différentes dans leur logique de celles de la Cour de cassation. On voit par là que l'intervention du juge en matière de santé publique n'est pas quelque chose d'évident, que l'important est aussi d'être clair sur la portée de la décision. Le juge n'adresse pas un signal contre la vaccination, pour dire les choses de manière simple. Mais toute la difficulté tient au fait que le positionnement du juge ne peut être le même que celui de l'autorité sanitaire dans ce genre de débat.

Christine Maugüé,

*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

Mme Laude va également intervenir sur ces régimes spécifiques.

Anne Laude

Professeur à l'université de Paris V- René Descartes

Oui, sur un point peut-être. Vous soulignez qu'on a vu ces dernières années se développer des régimes spécifiques d'indemnisation du fait des produits de santé et ces régimes spécifiques ont peut-être un point topique, à savoir qu'ils se sont développés essentiellement au travers de la création d'un certain nombre de fonds.

Or, ces fonds ont tous un point commun à savoir que, progressivement, c'est en quelque sorte l'ONIAM qui est devenu l'organe ou l'organisme gestionnaire de ces dispositifs spécifiques d'indemnisation, y compris des dispositifs d'indemnisation de certains produits de santé, ce que l'on voit plus spécialement au travers de la création du « fonds Benfluorex » par la loi de finance rectificative de 2011. Or, si l'on a choisi de transférer à l'ONIAM ces compétences, c'est parce que l'Office est apparu, au législateur en tout cas, comme le plus à même de traiter les demandes de victimes dans le cadre d'un dispositif *ad hoc*.

Alors sans entrer dans le détail de ce dispositif, ce que l'on peut souligner, c'est que la loi transfère à l'ONIAM le contentieux des victimes du Benfluorex pour répondre, on le sait, à des objectifs de rapidité d'indemnisation des victimes, à des objectifs aussi de gratuité de leur protection. Le législateur a ainsi été amené à adapter le dispositif administratif d'indemnisation amiable que la loi de 2002 avait créé.

Deux de ces adaptations sont particulièrement topiques.

La première, c'est que la victime ne va pas saisir une CRCI mais va saisir directement l'ONIAM en vue d'obtenir la réparation des préjudices résultant de l'administration du Benfluorex. Pourquoi ? Parce que cela présente deux avantages pour elle :

- le premier avantage résulte du fait qu'elle peut ainsi introduire une demande d'indemnisation alors même que, éventuellement, le fait générateur du dommage serait antérieur au 5 septembre 2001, ce qui pourra être le cas puisque ces médicaments sont commercialisés depuis un certain nombre d'années ;

- le second avantage à l'absence de saisine préalable de la CRCI est de permettre à la victime d'entrer dans le dispositif d'indemnisation, alors même que le dommage serait inférieur au seuil de gravité, la seule condition d'entrer dans le dispositif n'étant pas d'atteindre un taux d'IPP de 25 %, mais, selon le texte, que la victime ait un déficit fonctionnel imputable au Benfluorex. Certes il conviendra de préciser l'imputabilité de ce déficit fonctionnel. Néanmoins, on soulignera ce que le législateur a aussi voulu éviter : l'entrée dans le dispositif d'un certain nombre de personnes qui pourraient invoquer le préjudice d'angoisse ou d'anxiété.

Le fait que l'ONIAM soit compétent, et non les CRCI, est le signe d'une première adaptation du régime administratif tel que le législateur l'avait prévu en 2002.

Il y a un autre signe de cette adaptation, à savoir que l'instruction du dossier sera ensuite faite par un organisme *ad hoc* créé à cet effet : un collège d'experts. Celui-ci est composé d'un certain nombre de médecins nommés par toutes les parties prenantes pour respecter le contradictoire, aussi bien les producteurs de médicament que les associations de patients, les établissements et les assureurs.

Ce collège va émettre un avis sur la responsabilité du producteur, éventuellement aussi des autres personnes, que la victime aurait pu appeler en la cause. Ce texte a suscité des interrogations, notamment sur le fait de savoir si les médecins pourraient éventuellement être appelés en la cause, mais rien ne semble en définitive l'interdire. Une fois l'avis rendu par le collège, par exemple sur la responsabilité du producteur, il incombera au producteur d'indemniser la victime. Et s'il ne le fait



pas, ou s'il fait une offre insuffisante d'indemnisation, la solidarité nationale prend le relais. Ainsi l'ONIAM indemniserait la victime, avec la possibilité ensuite d'être subrogé et de pouvoir exercer l'action récursoire à l'encontre de celui qui aurait dû payer, c'est-à-dire notamment l'assureur du responsable si éventuellement il avait à l'assurer pour ce type de dommages, ou le producteur.

Certes, ce développement de la prise en charge de l'indemnisation par des fonds s'explique dans la mesure où, *a priori*, ces systèmes ont pour but d'harmoniser le sort des victimes, d'inscrire les accidents sanitaires sériels dans un cadre qui peut paraître mieux unifié et de permettre une meilleure indemnisation des victimes.

Mais le développement de l'indemnisation par ces fonds conduit aussi à repenser, voire à modifier, le recours au juge. Les recours judiciaires apparaissent en effet comme subsidiaires par rapport au recours administratif devant le fonds. Dès lors, ne serait-il pas opportun d'envisager un régime spécifique pour l'indemnisation des médicaments ou des produits de santé plus généralement ? La question est ouverte, elle mérite aussi d'être envisagée dans un contexte plus large que le contexte national, et notamment dans un contexte européen.

Christine Maugüé,
*Présidente de la 6^{ème} sous-section
de la section du contentieux au Conseil d'État
Présidente de la table ronde*

Nous allons quitter le terrain de la responsabilité pour nous placer, en amont, sur le terrain de la qualité des produits de santé qui, après tout, est le moyen d'éviter les problèmes de responsabilité ou de réparation.

Le sujet de la qualité des produits de santé est évidemment au centre du projet de loi sur la modernisation du système des produits de santé qui est en cours de discussion au Parlement²⁸⁷. Il en a déjà été beaucoup question dans le cadre de ce colloque, nous allons nous y intéresser dans le cadre de cette table ronde sous un angle qui est bien précis et c'est le professeur Maraninchi qui va nous en parler.

Dominique Maraninchi
Directeur général de l'AFSSAPS

Je ne vais pas commenter un projet de loi, d'autant plus qu'il est en cours de discussion, mais dresser avec vous quatre points généraux qui vont changer en profondeur la vision et la pratique que nous avons de l'utilisation des produits de santé. Je témoignerai du point de vue de l'Agence qui est responsable de la régulation, cette responsabilité étant exercée pour le compte de l'État pour assurer la sécurité des patients, qu'il soient exposés au risque des produits de santé ou qu'ils soient bénéficiaires de ces produits.

²⁸⁷ Projet de loi relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, n° 3714, déposé le 1^{er} août 2011, aujourd'hui loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

Le premier point concerne l'obligation de transparence qui, par de très nombreuses mesures, très explicites et très marquantes, impacte le fonctionnement des agences sanitaires. Pour résumer, ce qui est attendu de l'obligation de transparence, c'est de pouvoir rendre public l'ensemble des débats qui aident à prendre une décision. Nous l'avons expérimenté à l'AFSSAPS, en pleine crise. Et que voit-on dans la transparence ? On voit des débats contradictoires avec des experts, et ils sont ce qu'ils sont. La transparence, c'est l'obligation de la prise en compte des opinions minoritaires qui doivent s'exprimer, c'est la connaissance de l'intégralité des débats, à la fois en diffusion et en retranscrit. Cela concerne jusqu'à présent toutes les instances des agences sanitaires qui aident à prendre les décisions. Cela va de l'instruction du dossier jusqu'à des instances qui aident à faire un arbitrage.

Si le législateur cherche davantage de transparence, c'est pour essayer de lutter contre l'opacité des débats entre experts qui ont pu amener l'autorité sanitaire à prendre des décisions qui ne sont pas optimales. C'est donc un changement profond, qui va impacter le fonctionnement de l'ensemble des agences sanitaires, en France comme à l'échelle européenne. Cette ouverture et ces obligations de transparence sont déjà très présentes aux États-Unis au sein de l'agence de *Food and Drug Administration*.

La deuxième grande série de mesures concerne la prévention des conflits d'intérêts. De très nombreuses mesures sont prévues en la matière et vont marquer de la nouveauté ; on verra jusqu'où le législateur ira en ce domaine. A ce jour, est prévue une obligation de déclaration publique de tous les intérêts, directs ou indirects, personnels ou familiaux, que peuvent avoir les experts ou les salariés auprès de ces autorités sanitaires, et ce avec un effet rétroactif sur les cinq dernières années et la présentation de toutes les sommes reçues à partir du premier euro.

Par ailleurs, dans le cadre de cette action de transparence renforcée, le législateur a introduit une disposition que l'on appelle pour l'instant le *Sunshine Act* à la française. Elle consiste à imposer à toutes les industries des produits de santé de rendre publiques, à partir du premier euro, l'intégralité des sommes versées à des individus, des établissements, des organisations, des associations, plus récemment à des parlementaires, de façon à éviter des conflits d'intérêts et de rendre l'expertise la plus impartiale possible.

La transparence des liens d'intérêts *via* leur publication constitue un élément majeur de prévention. Le mouvement posé par le législateur présente une tendance plutôt maximaliste, assez banale pour les citoyens américains mais assez nouvelle sur le continent européen. Il va d'ailleurs nous confronter à des pratiques très différentes au niveau de la communauté européenne et des instances européennes auxquelles nous participons, puisque tous nos experts, toutes nos pré-expertises vont être affichés, alors que jusqu'ici les instances d'instruction des dossiers au niveau communautaire ont pu être qualifiées d'opaques, c'est-à-dire plutôt fermées. Je vous laisse apprécier la portée éventuelle de ces mesures.

S'agissant de l'excellent débat que vous aviez sur l'expertise en général, je retrouve des questions qui sont posées.



La première est de savoir si nous avons besoin d'experts pour prendre des décisions. Bien sûr que oui, mais que signifie l'expertise dans le cadre des produits de santé, quand nous devons arbitrer pour le compte de l'État sur notre relation bénéfico-risque ? Nous devons instruire des dossiers – nous appelons cela l'expertise interne – et arbitrer sur nos relations bénéfico-risques. Nous allons vivre, heureusement, une inversion de processus en matière d'expertise : nous consulterons des experts externes pour vérifier que notre instruction n'est pas totalement partielle, ou entachée de partialité, mais ce ne sont plus les experts externes qui vont faire l'expertise pour le compte de l'État, d'autant que plusieurs mesures dans la loi vont rendre caduques toutes les décisions dans lesquelles on pourrait prouver qu'un expert présentait un conflit d'intérêt avec l'affaire examinée. Et sur un produit de santé, dans l'ensemble, tout expert externe a déjà rencontré une firme ou a touché plus d'un euro ou serré plus d'une main dans les cinq années qui précèdent.

Le recours à l'expertise externe consistera plutôt à lui soumettre des questions précises et pertinentes, ce qui est un art nouveau et difficile. Pour reprendre le triste exemple du Médiateur ou du Benfluorex, il est vrai que si l'on avait posé la question à un expert, fût-il rémunéré par l'industrie pharmaceutique, sur la nature de la molécule, il lui aurait été difficile de dire que ce n'était pas une amphétamine. C'était la seule question qu'il fallait poser.

Donc on peut s'appuyer sur des experts externes à condition d'inverser le processus, en leur posant des questions précises de façon à ce que nous vérifions que nous ne sommes pas complètement obsessionnels, ou trop gentils ou trop méchants, par rapport à notre opinion de l'instruction. C'est vers une mobilisation de l'expertise externe plutôt de cette nature que nous irons.

J'ai entendu votre débat tout à l'heure : beaucoup disent : « on ne va plus trouver d'experts, cela ne paye pas assez ». Mais l'idée est d'essayer de rendre une certaine dignité au fait de faire une expertise pour une agence de sécurité sanitaire. Le plus simple c'est donc que tout expert n'ait aucun lien d'intérêt, au moins pendant qu'il exerce cette mission, d'autant qu'elle sera limitée dans le temps. J'ai entendu quelques mots tout à l'heure sur la durée des mandats : ce sera trois ans pour l'instant, renouvelable une fois, pas plus, car certaines personnes exercent cette mission ou cette fonction de façon permanente, depuis quinze ans et plus, et ont largement dépassé l'âge où ils pourraient se retirer.

Ce sont des changements qui sont une leçon que le législateur du moins veut tirer de la crise du Médiateur pour renforcer la sécurité sanitaire.

Je voudrais insister sur le fait que cela pourrait avoir des impacts en cascade sur tout un tas de questionnements sur l'expertise. Le but est évident : il faut rétablir la confiance dans la sécurité sanitaire, elle ne peut pas être rendue obscure par des suspicions de liens d'intérêts venant d'experts médicaux ou scientifiques. Le questionnement est de même nature dans d'autres domaines.

Le deuxième point, c'est la sécurité. Cela paraît évident. En effet, à quoi sert une agence de sécurité sanitaire ? Cela sert à prendre des décisions de sécurité. Pour qui ? Pour les patients. Au nom de quoi ? Au nom de l'État. Une fois qu'on a dit que



c'est le patient qui doit en profiter, il faut qu'on ait les moyens de pouvoir exercer cette vigilance autour d'un questionnement sur les bénéfices-risques d'un produit.

Donc quelques leçons et déclinaisons dans la loi.

Le bénéfice : jusqu'à présent nous étions très organisés pour évaluer le bénéfice-risque dans la cadre de l'autorisation d'un médicament. C'est ce qu'on appelle l'AMM, l'autorisation de mise sur le marché. Après une bonne instruction du dossier, impartiale et sans conflit d'intérêts, le produit est enregistré et distribué. Jusque-là il n'y a pas trop de risque de sécurité pour la population. En réalité, le risque commence après. C'est lorsque le produit est distribué que la population y est exposée. Et l'effet cumul fait que, en enregistrant 400 nouveaux produits et en en retirant 2 ou 3 par an, nous nous retrouvons avec 3 000 médicaments autorisés à la mise sur le marché en France, 10 000 spécialités et 15 000 présentations différentes, qui ont toutes une autorisation de mise sur le marché. On peut comprendre que des médecins ou d'autres aient des difficultés à se rappeler quel est le bon produit qu'il faut utiliser et ce qu'il y a écrit dans son autorisation de mise sur le marché qui statue sur la relation bénéfice-risque du produit.

Et c'est un peu troublant, en effet. C'est bien d'autoriser, mais l'autorisation jusqu'à présent a été statique. Je ne voudrais pas rappeler le Benfluorex, autorisé en 1976. Quel que soit le produit, sa connaissance peut évoluer avec le temps, comme son bénéfice, son risque et son utilité.

Jusqu'à présent, pour remettre en question le bénéfice-risque, il fallait pour une agence de sécurité sanitaire faire la preuve qu'il y avait un effet indésirable, nouveau, sévère, qui justifiait de déclencher une procédure de remise en question. La charge de la preuve reposait sur l'agence. Comme vous l'avez vu avec le Benfluorex, cela peut prendre longtemps de demander à la firme les éléments établissant que son produit est toxique.

Or, désormais, nous allons pouvoir par la loi renverser la charge de la preuve et demander au moins que la firme nous fasse la preuve du bénéfice persistant de son produit, dix ans après. En effet, quand il n'y a pas bénéfice il ne reste que les risques, et aucun produit n'est dénué de risques. C'est une mesure assez importante en termes de sécurité puisque, je vous le rappelle, le résultat final du risque sanitaire est lié à l'exposition, au degré d'exposition et à la sévérité éventuelle des effets indésirables.

En outre, nous allons pouvoir avoir par la loi une indépendance publique stricte pour pouvoir instruire et investiguer les risques réels sur les populations, en faisant des études pharmaco-épidémiologiques purement publiques et sans demander à la firme qu'elle nous fasse des études pour vérifier si son médicament est dangereux. Nous les mènerons par nous-mêmes et par des réseaux d'investigateurs publics. Jusqu'ici, si notre système de vigilance est public, très souvent l'instruction des dossiers de vigilance est faite en partenariat public-privé. Le système est donc en partie financé par des firmes. Là nous changeons complètement le processus. Le financement sera purement public, et toute personne qui travaille dans un système de vigilance nationale ne pourra pas toucher de subsides de l'industrie



pharmaceutique. Cette personne sera financée pour son activité de surveillance sanitaire et son activité de recherche.

Ce sont des petites mesures, qui vont quand même marquer une différence majeure.

Dernier point sur le problème de l'AMM et les nouveaux moyens d'action que pourra avoir l'agence : tout médicament pourra être remis en question au prétexte qu'il serait nocif ou qu'il manquerait d'intérêt thérapeutique.

C'est extrêmement important sur le plan pratique. Jusqu'à présent, il était interdit à l'agence de pouvoir remettre en question un produit sans avoir fait la preuve d'événements sévères. Le débat sur le Benfluorex et sur la lenteur des procédures ou le débat sur le nombre de décès imputable à cette molécule est un peu pénible. Maintenant nous pouvons, sur des signalements de nocivité, prendre des mesures de précaution sur le plan sanitaire. L'agence aura la possibilité d'interdire ou de restreindre la délivrance d'un médicament.

La conséquence est que ce sera le texte de l'AMM qui va fonder la relation bénéfice-risque. La pratique hors AMM ne devra exister que de façon marginale ou exceptionnelle, dans le cadre des obligations déontologiques de tout médecin, dont bien sûr l'obligation de donner les meilleurs soins à chaque malade. Et pour les situations un peu compliquées et les problèmes émergents, la loi donne à l'agence la capacité de produire des référentiels temporaires d'utilisation ou des autorisations temporaires d'utilisation pour des produits qui ne seraient pas encore mis sur le marché. Le caractère temporaire de ces autorisations est très renforcé, et c'est un acte de décision de sécurité sanitaire et non pas un consensus d'experts puisque il peut être imposé aux firmes de passer du temporaire au définitif.

Le but est de lutter contre le mauvais usage qui serait en dehors de l'AMM. Pour cela, il convient d'avoir le maximum de dispositions pour que les AMM soient évolutives. Tous les cas dérogatoires à l'AMM doivent être le plus possible pris en compte par des dispositions dites temporaires, afin de redonner aux prescripteurs suffisamment d'informations pour qu'ils puissent prescrire et exercer leur art avec le souci de la protection des patients.

Le troisième et dernier commentaire que je ferai concerne le contrôle de la publicité. Ce contrôle a été inséré, en vertu de nombreux articles très détaillés, non pas pour nuire à la publicité ou au bon commerce, mais parce que la publicité peut induire des mauvaises pratiques susceptibles d'avoir une influence dramatique sur la sécurité sanitaire. Nous évoluons vers un contrôle *a priori* de la publicité pour les professionnels de santé, ce qui est un enjeu relativement lourd pour l'agence. Ces mesures sont assorties de sanctions assez importantes.

Un petit mot sur les dispositifs médicaux, qui sont des produits de santé non soumis au même régime d'autorisation de mise sur le marché que les médicaments, mais dont beaucoup sont très disponibles dans la population et dont un certain nombre exposent à des risques importants. Là aussi, nous allons pouvoir exercer un contrôle *a priori* sur la publicité et interdire un certain nombre de publicités. Nous



ne sommes pas dans un monde fictif. Nous avons un défaut de droit. Par exemple, au mois de juin, une firme qui fait des prothèses de genou a annoncé dans la presse que, puisque le droit ne l'interdisait pas, elle allait faire des publicités à la télévision pour ces prothèses pendant le tournoi de tennis Roland Garros, afin d'informer la population sur l'importance de se faire poser une prothèse lorsque qu'on a une arthrose. Or ce type de mesure publicitaire peut avoir des effets nocifs. De même, tout récemment, il y a une firme qui veut faire la promotion des tests du PSA (cancer de la prostate) dans toutes les pharmacies en autodiagnostic.

Il y a des dispositifs médicaux qui sont à risque, car cette catégorie de produits de santé va du fauteuil roulant jusqu'au dispositif implantable et au défibrillateur.

Pour résumer, ce qu'il est intéressant de noter par rapport à tout ce qui a été mentionné, c'est que la sécurité et l'expertise ne se jugent pas à l'instant *t*. Nous allons donc tâcher, avec les moyens dont nous allons disposer, de remplir notre mission qui est de remettre en question en permanence, au fil des connaissances, sans *pathos* et sans qu'il y ait de victimes, les règles d'utilisation des produits de santé, tout en maintenant un accès à l'innovation très important, l'idée étant bien sûr d'offrir plus de bénéfice que de risque. Il n'y a pas de honte à ce qu'un produit qui semblait donner de grands bénéfices il y a quelques années n'en donne plus maintenant. À ce moment-là, sa distribution devra être particulièrement surveillée.

Témoignage

Docteur Jean Marty, gynécologue-obstétricien, secrétaire général du Syndicat national des gynéco-obstétriciens de France – *J'ai assisté à la totalité de votre colloque et je pensais que la dernière partie consacrée aux enjeux aborderait peut-être les enjeux publics, ceux de la médecine, les décisions que vous prendriez. Je reste un peu sur ma faim, car si on a parlé de notre métier hier en particulier, j'ai compris que vous vous intéressiez beaucoup à la question du rapprochement de la façon de faire entre les deux cours suprêmes.*

Ce que je souhaite simplement, c'est que vous ayez la connaissance d'un certain nombre de réalités dans ces décisions, ces orientations communes.

Je veux d'abord dire très clairement, puisque l'on voit que vous « traquez » l'erreur, que la profession médicale n'en est pas exempte, et que nous en commettons beaucoup. Pourtant, vous nous avez dit qu'il y avait peu d'affaires et peu de condamnations. Sachez « qu'entre les deux », on en rattrape beaucoup, car on travaille en équipe et que, d'autre part, il y a suffisamment, et même beaucoup, d'informations données aux patients, de telle sorte que très souvent on ne rompt pas la relation de confiance, et qu'ensuite les gens ne veulent pas nous infliger ce grand désagrément de nous amener devant vous. Donc quand vous dites ils

manquent d'information, je peux vous dire que nous en faisons beaucoup, et bien sûr comme toute action on commet des erreurs, parfois même dans l'information et les circonstances font que quelquefois cette information n'est pas suffisante. Je pense que vous pouvez d'ailleurs comprendre ces erreurs que nous commettons, et nous pouvons les avouer devant vous, parce que vous-même je pense entre une première instance, un appel, la cour de cassation vous gérez entre vous beaucoup d'erreurs. Nous, on nous les reproche de façon très importante, et ce que je voudrais vous dire, c'est que vos décisions ont un impact sur la santé publique, et en particulier dans ma profession. On a parlé de deux affaires hier, vous ne vous imaginez pas l'impact que cela a. Lorsque ici, c'est à Orange, on condamne des médecins qui ont trop réanimé un enfant, alors que dans mon expérience je me souviens de mon professeur de pédiatrie qui disait, vous voyez cet enfant-là, vraiment on l'a cru mort, on s'est tous entraîné dessus, à apprendre à intuber, regardez il court ! Donc ce n'est pas évident pour nous d'arrêter notre réanimation à chaud, alors qu'on sait que parfois on peut sauver un enfant qui aura une vie strictement normale. Et vous nous compliquez beaucoup.

Une autre fois, un de nos collègues a été condamné parce qu'il n'a pas fait de césarienne à un enfant mal formé. Pendant toutes mes études on m'a appris que lorsqu'un enfant était mal formé, ce n'était pas la peine de faire prendre le risque à la mère de la césarienne. Aujourd'hui on dit que c'est une diminution de risque, une perte de chance pour l'enfant. Et bien on est perdu, je vous le dis franchement nous sommes perdus. Alors, je ne suis pas là pour me plaindre, les victimes ce ne sont pas les médecins, je suis d'accord avec vous, mais je voudrais vous dire au moins, tout à l'heure une proposition vous a été faite c'est que nous puissions récupérer les expertises médicales, pour qu'au moins nous comprenions comment on peut s'adapter à cette vie qui a changé, dans laquelle vous jouez un rôle de plus en plus important, mais sinon nous ne savons plus faire notre métier, nous l'abandonnons, nous appliquons à notre exercice le droit de retrait, il y a moins d'accoucheurs, et vous êtes obligées mesdames de confier la naissance de vos enfants à des médecins qui viennent d'ailleurs qui ne sont pas très bien formés. D'ailleurs vous le savez, car ceux qui travaillent dans les CRCI savent très bien que vous avez une augmentation des sinistres dans ce contexte-là. Alors je m'excuse de vous dire cela tout à fait à la fin, mais je voulais vous dire que nous sommes très attentifs à vos travaux, même si on n'y était pas invité, et que nous souhaitons travailler mieux mais que ce défaut d'information que vous nous reprochez, nous vous le reprochons aussi, parce que nous ne savons pas les décisions que vous prenez, et nous ne savons pas nous adapter, ni dans la façon de bien nous assurer ni dans la façon de mieux gérer nos risques.



Synthèse de jurisprudence administrative et judiciaire

Différents dispositifs sont destinés à limiter la survenue d'infections nosocomiales et à s'assurer de la qualité et de l'efficacité des produits de santé.

Des exigences sont posées en matière d'asepsie et de prophylaxie et des structures locales, interrégionales et nationales de lutte, de surveillance et signalement des infections nosocomiales ont été mises en place. Les produits de santé et plus particulièrement les médicaments font l'objet de procédures spécifiques d'autorisation, de suivi et de contrôles fondées sur l'impératif de protection de la santé publique même si leur efficacité peut être parfois discutée. L'apparition de dommages, en dépit de ces différentes mesures de prévention, consécutifs à la survenue d'une infection nosocomiale ou à l'administration d'un produit de santé défectueux, justifie une réparation à la charge du responsable de ces dommages ou une indemnisation au titre de la solidarité nationale.

Seront successivement examinées les prises en charge des dommages liés aux infections nosocomiales et au défaut d'un produit de santé.

Partie 1 : La prise en charge des dommages liés aux infections nosocomiales

Elle relève de régimes différents mêlant responsabilité et solidarité nationale depuis les lois des 4 mars et du 30 décembre 2002 ayant successivement créé les articles L. 1142-1 et L. 1142-1-1 du code de la santé publique.

Ces articles prévoient en matière d'infection nosocomiale, une responsabilité des établissements, services et organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère et une indemnisation au titre de la solidarité nationale sous certaines conditions de gravité, en l'absence de responsabilité ou même malgré l'existence d'une responsabilité des établissements, services et organismes de santé. Ces différents régimes seront successivement envisagés ; leur application impliquant de déterminer préalablement si les dommages d'une victime résultent de la survenue d'une infection nosocomiale.

I. La détermination du caractère nosocomial d'une infection

Elle implique de pouvoir définir ce qui constitue une infection nosocomiale et d'établir le caractère nosocomial de l'infection éventuellement contractée.

A. La notion d'infection nosocomiale

Différentes définitions ont été posées au vu desquelles les juridictions saisies et les CRCl sont amenées à se prononcer.

1. Les définitions des infections nosocomiales

Les infections nosocomiales ont été successivement définies par :

- la recommandation R (84) 20 du 25 octobre 1984 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe,

- la circulaire du ministère de la santé n° 88-263 du 13 octobre 1988 relative à l'organisation de la surveillance et de la prévention des infections nosocomiales,
- la circulaire d'application DGS/DHOS/E2 n° 645 du 29 décembre 2000 renvoyant à un recueil intitulé les « 100 recommandations pour la surveillance et la prévention des infections nosocomiales », rédigé par des experts en hygiène hospitalière sous l'égide du Comité technique national des infections nosocomiales,
- et enfin en mai 2007 par ce comité désormais appelé Comité technique des infections nosocomiales et des infections liées aux soins, en liaison avec la Commission nationale des accidents médicaux et après consultation d'experts de plusieurs disciplines.

Selon ce comité, « Une infection est dite nosocomiale ou associée aux soins si elle survient au cours, ou au décours d'une prise en charge (diagnostique, thérapeutique, palliative, préventive ou éducative) d'un patient et si elle n'était ni présente, ni en incubation au début de la prise en charge. Est considérée habituellement comme associée aux soins, l'infection survenant dans les 30 jours suivant l'intervention ou s'il y a mise en place d'un implant, d'une prothèse ou d'un matériel prothétique dans l'année qui suit l'intervention ».

Les différentes définitions des infections nosocomiales, y compris celle de 2007 à laquelle il est fait le plus souvent référence, ne distinguent pas selon la nature du germe à l'origine de l'infection ; une infection pouvant être en effet d'origine endogène comme étant liée à des micro-organismes du patient souvent présents sur la peau, les voies respiratoires ou le tube digestif ou d'origine exogène lorsque les micro-organismes lui ont été transmis à l'occasion de son séjour hospitalier ou d'un acte médical, en particulier lors de soins, de l'utilisation de matériels ou parce qu'ils sont présents dans l'environnement hospitalier.

2. Les approches jurisprudentielles

Si le législateur a prévu en 2002 un régime de responsabilité spécifique en matière d'infections nosocomiales, il a renoncé à définir lui-même la notion d'infection nosocomiale, laissant ainsi aux juridictions et aux CRCI la mission de se prononcer, à la lumière de ces définitions, sur la notion même d'infection nosocomiale.

a. La Cour de cassation a retenu, en l'absence de distinction du législateur selon l'origine de l'infection, que la responsabilité en matière d'infection nosocomiale n'était pas limitée aux infections d'origine exogène (Cass., 1^{ère} civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17491, Bull. n° 191 et Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-10812, Bull. n° 233), qu'il incombait au patient ou à ses ayants droit de démontrer le caractère nosocomial de l'infection, fut-ce par des présomptions graves, précises et concordantes (Cass., 1^{ère} civ., 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-13791, Bull. n° 245 et 1^{er} mars 2001, pourvoi n° 99-17672, Bull. n° 87) et que les juges du fond appréciaient souverainement si un patient avait contracté une infection nosocomiale (Cass., 1^{ère} civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-12066, Bull. n° 276).

b. Après avoir adopté en 1988 un régime de responsabilité en matière d'infection nosocomiale fondé sur l'existence d'une présomption de faute de l'établissement dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier, (CE, 9 décembre



1988, Cohen, n° 65087, Rec. p. 431), le Conseil d'État a établi des distinctions selon les germes en cause et expressément limité cette présomption de faute aux cas dans lesquels le germe est d'origine exogène et a donc été introduit de l'extérieur dans l'organisme du patient (CE, 27 décembre 2002, *Mme N.*, n° 211370, Rec. p. 315).

Il a cependant jugé que le service public hospitalier ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité qu'à la condition de démontrer l'origine endogène de l'infection et en a donc déduit que l'infection déclarée à la suite d'une intervention chirurgicale révélait en principe une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier, sauf dans les cas où il était certain que l'infection résulte de germes déjà présents dans l'organisme du patient avant l'hospitalisation (CE, 2 février 2011, *Leverne*, n° 320052, inédit au Rec.) ; le doute profitant ainsi aux victimes.

Ces distinctions, inhérentes au régime de responsabilité retenu par le Conseil d'État, ont été remises en cause par la loi du 4 mars 2002 ayant prévu une responsabilité de plein droit des établissements de santé.

Le Conseil d'État a donc estimé que les dispositions du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique faisaient peser sur l'établissement de santé la responsabilité des infections nosocomiales qu'elles soient exogènes ou endogènes, à moins que la preuve d'une cause étrangère soit rapportée (CE, 10 octobre 2011, *CHU d'Angers*, n° 328500, Rec. p. 458).

Les approches de la Cour de cassation et du Conseil d'État sur la notion d'infection nosocomiale sont donc désormais communes.

B. La preuve du caractère nosocomial de l'infection

Elle demeure à la charge du patient et constitue un préalable nécessaire à la responsabilité de l'établissement, du service ou de l'organisme de santé, du professionnel de santé ou au relais de la solidarité nationale.

La détermination du caractère nosocomial de l'infection suppose aussi en principe de pouvoir établir en quel lieu l'infection a été contractée, notamment dans le cas de patients ayant subi des actes médicaux successifs dans des cadres différents, alors même qu'il est certain que l'infection est en lien avec des soins.

Le Conseil d'État a retenu, dans le cas d'un patient présentant les symptômes d'une hépatite B trois mois après une intervention subie à l'hôpital, et dont ce dernier soutenait que la contamination avait pu se produire à l'occasion du traitement par injections à l'issue de sa sortie de l'hôpital, que contrairement aux injections au domicile de la victime, les injections n'avaient pas été effectuées à l'aide d'un matériel jetable à usage unique à l'hôpital et que, compte tenu du délai entre l'hospitalisation et l'apparition des symptômes de l'hépatite B, et en l'absence de tout autre élément invoqué par l'assistance publique et ayant pu concourir à la réalisation du dommage, la contamination devait être imputée aux traitements effectués à l'hôpital (CE, 31 mars 1999, *Assistance publique Marseille*, n° 181709, Rec. p. 114).

Afin de faciliter la preuve du lien de causalité entre l'infection et les soins, la Cour de cassation a affirmé que, lorsque la preuve d'une infection nosocomiale était



apportée mais que celle-ci était susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartenait à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'était pas à l'origine de cette infection (Cass., 1^{ère} civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-67011, Bull. n° 137).

En l'absence d'une telle preuve, il apparaît que l'établissement ne pourra pas non plus invoquer l'existence d'une cause étrangère pour s'exonérer de sa responsabilité.

II. La responsabilité des établissements, services et organismes de santé

Il convient d'envisager les régimes de responsabilité applicables et l'exonération au titre de la cause étrangère.

A. Les régimes applicables

La responsabilité des établissements, services et organismes de santé a connu d'importantes évolutions jurisprudentielles et législatives, entraînant l'application de régimes différents suivant la date des soins à l'origine de l'infection.

1. Les évolutions jurisprudentielles et législatives

Avant l'application de la loi du 4 mars 2002, la responsabilité des établissements de santé publics était donc fondée sur l'existence d'une présomption de faute, posée par les juridictions administratives selon les modalités déjà examinées.

Après avoir aussi retenu sous certaines conditions une présomption de faute (Cass., 1^{ère} civ., 21 mai 1996 et 16 juin 1998, pourvois n° 94-16586 et 97-18481 97-18509 97-19131, Bull. n° 219 et 210), la Cour de cassation a mis à la charge des établissements de santé privés une obligation de sécurité de résultat en matière d'infections nosocomiales dont ils ne pouvaient s'exonérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère (Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1999, pourvois n° 97-14.254 et 97-15.81, Bull. n° 220 et 222 8).

L'article L. 1142-1 I du code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, a prévu une responsabilité de plein droit des établissements, services et organismes en l'absence de preuve d'une cause étrangère.

Les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002 relatifs à cet article montrent que le législateur a souhaité maintenir la position prise par la Cour de cassation à l'égard des établissements de santé.

La loi du 30 décembre 2002 a précisé que ces nouvelles dispositions s'appliquaient notamment aux infections nosocomiales consécutives à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées à compter du 5 septembre 2001, même si elles faisaient l'objet d'une instance en cours, à moins qu'une décision de justice irrévocable n'ait été prononcée.

Elle a en outre prévu à l'article L. 1142-1-1, pour compenser les effets d'une responsabilité de plein droit, une prise en charge au titre de la solidarité nationale des dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes de santé correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieure à 25 % ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales.



Le Conseil d'État comme la Cour de cassation ont cependant estimé que cette dernière disposition n'était pas d'application rétroactive, qu'elle constituait un régime d'indemnisation distinct et qu'elle était entrée en vigueur à la date de sa publication au Journal officiel, soit le 1^{er} janvier 2003 (CE, avis, 13 juillet 2007, *ONIAM*, n° 293196 et Cass., 1^{ère} civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-17605, Bull. n° 231).

Ils ont en outre maintenu leurs jurisprudences respectives s'agissant des infections nosocomiales consécutives à des soins réalisés avant le 4 septembre 2001.

2. Des régimes différents suivant la date des soins à l'origine de l'infection

Il s'ensuit que les établissements de santé engagent leur responsabilité :

- au titre des infections consécutives à des soins antérieurs au 5 septembre 2001, selon leur statut, devant les juridictions administratives dans les conditions fixées par le Conseil d'État au titre d'une présomption de faute et devant les juridictions judiciaires sur le fondement d'un manquement à leur obligation de sécurité de résultat, en l'absence de preuve d'une cause étrangère ;

- au titre des infections consécutives à des soins réalisés entre le 5 septembre 2001 et le 31 décembre 2002, quel que soit leur statut, sur le fondement de l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique, sauf preuve d'une cause étrangère ;

- au titre des infections consécutives à des soins réalisés à partir du 1^{er} décembre 2003, quel que soit leur statut, seulement dans le cas où elles n'ont pas entraîné un taux d'incapacité supérieure à 25 % ou un décès. Mais l'existence d'une faute de l'établissement et notamment d'un manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales ouvre droit, le cas échéant, à une action récursoire de l'ONIAM en application de l'article L. 1142-17.

B. L'exonération fondée sur la cause étrangère

La preuve d'une cause étrangère constitue la seule possibilité pour les établissements, organismes et services de santé de s'exonérer de leur responsabilité lorsque celle-ci est engagée.

Il convient de déterminer sur quels critères, une cause étrangère peut être considérée comme établie (V. TR 2) ; celle-ci étant en principe extérieure au défendeur, imprévisible dans sa survenance et irrésistible dans ses effets et présentant les caractères de la force majeure.

L'irrésistibilité et l'imprévisibilité d'une infection nosocomiale, voire son extériorité ou son inévitabilité prêtent à discussion lorsque l'établissement ne peut prouver que l'infection a été contractée à l'occasion de soins prodigués dans un autre établissement de santé ou par un professionnel de santé extérieur ou qu'elle est liée à une faute du patient n'ayant pas respecté des consignes d'asepsie.

La Cour de cassation s'est montrée jusqu'à présent très restrictive en estimant que ne constituait pas une telle cause :

- la présence d'un germe saprophyte sur la patiente, dont l'intervention chirurgicale avait rendu possible la migration dans le site opératoire, constituant



une complication connue et prévisible nécessitant pour y remédier une exploration de la sphère oto-rhino-laryngologique (Cass., 1^{ère} civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17491, Bull. n° 191) ;

- un risque connu de complication qualifié d'aléa thérapeutique, lié à l'intervention non fautive d'un praticien alors qu'avait été retenue l'existence d'un lien direct et certain entre l'intervention et le dommage (Cass., 1^{ère} civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-15979, Bull. n° 37) ;

- une faute, commise antérieurement, ayant rendu nécessaire l'intervention au cours de laquelle l'infection a été contractée, dès lors qu'il n'était pas allégué qu'elle aurait rendu l'infection inévitable (Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-69151, Bull. n° 155).

Le Conseil d'État a affirmé que n'était pas rapportée la preuve d'une cause étrangère dans le cas d'une infection liée à la pénétration d'un germe présent dans le rhinopharynx de la patiente dans les méninges à l'occasion de l'intervention et devenu alors pathogène après avoir relevé que l'infection avait été provoquée par l'intervention, qu'elle constituait un risque connu et que si l'expert avait relevé qu'il était très difficile de la prévenir, il ne ressortait pas de l'instruction qu'elle présentait le caractère d'irrésistibilité et d'imprévisibilité qui permettrait de regarder comme apportée la preuve d'une cause étrangère (CE, 10 octobre 2011, *CHU d'Angers*, n° 328500, Rec. p. 458).

La preuve d'une cause étrangère paraît particulièrement difficile à rapporter hormis dans les cas où le défendeur parviendrait à établir que ce sont d'autres soins prodigués à la victime de l'infection qui sont à l'origine de l'infection ou que celle-ci a commis une faute à l'origine de son dommage.

III. La responsabilité des professionnels de santé

La responsabilité des professionnels de santé a fait aussi l'objet d'évolutions. Elle implique depuis la loi du 4 mars 2002 la preuve d'une faute.

A. L'évolution de la responsabilité

La Cour de cassation a posé aussi en 1999 à l'égard des praticiens libéraux, une obligation de sécurité de résultat en matière d'infections nosocomiales, dont ils ne pouvaient s'exonérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère (Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-21903, Bull. n° 222 et 13 février 2001, pourvoi n° 98-19433, Bull. n° 32).

Elle a précisé à propos de cette obligation que l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'était pas privée du droit à l'accès au juge (Cass., 1^{ère} civ., 11 juin 2009, pourvois n° 07-14932 et n° 08-16914, Bull. n° 124).

La loi du 4 mars 2002 n'a pas prévu de responsabilité de droit à l'égard des professionnels de santé, de sorte que celle-ci ne peut plus être recherchée qu'en cas de faute.



B. Une responsabilité soumise à l'exigence d'une faute

Il appartient à la victime de démontrer que le professionnel de santé a commis une faute mais aussi que celle-ci est à l'origine du dommage ce qui est particulièrement difficile.

En l'absence de faute du professionnel de santé et sous certaines conditions de gravité, la victime peut cependant solliciter une réparation au titre de la solidarité nationale.

La responsabilité du professionnel de santé peut être aussi dans certains cas recherchée au titre d'un défaut d'information sur le risque d'infection nosocomiale en rapport avec l'acte médical envisagé (not. Cass., 1^{ère} civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-21058, Bull. n° 90).

La différence de régime suivant que les infections ont été contractées dans des cabinets médicaux ou des établissements de santé, fait l'objet de critiques et la mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical a proposé dans son rapport de 2009, d'étendre sous certaines conditions le régime d'indemnisation de plein droit aux infections associées aux soins contractées en médecine de ville.

IV. La réparation au titre de la solidarité nationale

Elle n'est prévue qu'au titre des infections consécutives à des soins réalisés à compter du 5 septembre 2001. Elle concerne :

- Les infections consécutives à des soins réalisés entre le 5 septembre 2001 et le 31 décembre 2002 pour lesquelles aucune responsabilité n'est engagée, en application de l'article L. 1142-1 II du code de la santé publique, sous réserve essentiellement que le dommage présente le caractère de gravité fixé, par décret, comme en matière d'accident médical et d'affection iatrogène, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte d'un taux d'incapacité permanente au plus égal à 25 %.

L'article D. 1142-1 issu du décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 modifié par décret n° 2011-76 du 19 janvier 2011 a fixé ce pourcentage à 24 % et prévu que présentait aussi le caractère de gravité exigé, l'infection nosocomiale ayant entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 % et à titre exceptionnel, que le caractère de gravité pouvait être reconnu lorsque la victime était déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'infection nosocomiale ou lorsque celle-ci avait occasionné des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.

- Les infections consécutives à des soins réalisés à compter du 1^{er} janvier 2003, en application de l'article L. 1142-1 II dans les mêmes conditions et en application de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique lorsque, contractées dans les



établissements, services ou organismes de santé, elles ont entraîné un taux d'incapacité permanente supérieur à 25 %, déterminé par référence au barème de l'article L. 1142-1 II ou le décès du patient.

Dans ce dernier cas la solidarité prend le relais de la responsabilité. L'existence d'une faute de l'établissement et notamment d'un manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales ouvre cependant droit à une action récursoire de l'ONIAM en application de l'article L. 1142-17 du code de la santé publique.

Le Conseil d'État a précisé que la réparation incombant prioritairement à l'ONIAM lorsque le législateur avait prévu une indemnisation au titre de la solidarité nationale, ce dernier ne pouvait pas s'exonérer de cette obligation en invoquant la faute de l'établissement de santé mais pouvait seulement demander à ce dernier de l'indemniser de tout ou partie des sommes à sa charge, via une action subrogatoire ou récursoire en cas de faute à l'origine du dommage (CE, 21 mars 2011, *CH Saintes*, n° 334501).

Partie 2 : La prise en charge des dommages liés au défaut d'un produit de santé

Les produits de santé sont classés en différentes catégories comprenant essentiellement les produits pharmaceutiques et notamment les médicaments définis à l'article L. 5111-1 du code de la santé publique, les dispositifs médicaux et les autres produits et objets réglementés tels que les contraceptifs faisant l'objet des articles L. 5211-1 et suivants du code de la santé publique ; cette classification conduisant à les soumettre à des règles spécifiques d'autorisation et de contrôle avant leur mise sur le marché et de suivi. Les éléments et produits issus du corps humain font l'objet de dispositions encadrant leur utilisation et leur don, énoncées aux articles L. 1211-1 et suivants du code de la santé publique.

En cas de dommages liés à un produit de santé, différents régimes de responsabilité coexistent ; une prise en charge de certains dommages au titre de la solidarité nationale étant en outre possible sous certaines conditions. Certains sont applicables à l'ensemble des produits défectueux et s'appliquent donc aussi aux produits de santé. C'est notamment le cas du régime de responsabilité prévu par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits de santé défectueux concernant essentiellement les producteurs. D'autres régimes concernent spécifiquement des produits de santé.

Il y a lieu de distinguer la responsabilité encourue par les producteurs de produits défectueux, celle des professionnels et des établissements de santé et d'envisager enfin les dispositions propres aux dommages causés par certains produits de santé.

I. La responsabilité des producteurs de produits défectueux

Cette responsabilité est essentiellement fondée sur la loi n° 398-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux même si elle n'est pas exclusive d'autres régimes de responsabilité.



A. La responsabilité fondée sur la loi du 19 mai 1998

Cette loi a transposé aux articles 1386-1 à 1386-18 du code civil la directive n° 85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux et a été modifiée par les lois n° 2004-1343 des 9 novembre 2004 et 5 avril 2006 à la suite de condamnations de la France au titre de différents manquements lors de la transposition.

Elle concerne l'ensemble des produits et donc aussi les produits de santé ; le Conseil d'État ayant cependant précisé que la directive instituant un régime de responsabilité sans faute du « producteur » de produits de santé défectueux, ne s'appliquait pas aux organes prélevés en vue d'une transplantation, ceux-ci ne constituant pas des produits au sens de cette directive (CE, 27 janvier 2010, *Hospices civils de Lyon*, n° 313568, Rec. p. 5 et *CHU Besançon*, n° 313712, inédit au Rec.).

En l'absence de transposition de la directive dans le délai de trois ans prévu par celle-ci et à la suite de condamnations de la France à ce titre, les juridictions judiciaires ont appliqué les dispositions internes relatives à la responsabilité contractuelle ou délictuelle à la lumière de ses nouvelles dispositions contraignantes.

La loi du 19 mai 1998 prévoit sous certaines conditions une responsabilité de plein droit et donc sans faute du producteur défini à l'article 1386-6 du code civil ; celui-ci pouvant cependant invoquer certaines causes d'exonération.

1. Les conditions de la responsabilité

La responsabilité du producteur, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime, ne peut être engagée qu'à la condition que celle-ci puisse prouver selon l'article 1386-9, outre le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage.

Cette responsabilité est soumise à un double délai très strict prévu par les articles 1386-16 et 1386-17 du code civil prévoyant que la responsabilité du producteur est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage, à moins que durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice et que l'action de la victime se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur.

a. Le défaut

Selon l'article 1386-4 du code civil : « *un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. / Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. / Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation* ».

Le défaut est apprécié en fonction de chaque produit ; un produit de santé présentant le plus souvent des risques pour la santé sans être pour autant



défectueux. Le seul fait qu'un produit soit à l'origine d'un dommage ne permet donc pas de caractériser l'existence d'un défaut. De plus, d'autres facteurs tels qu'une prédisposition de la victime ou une hypersensibilité ont pu contribuer à sa réalisation.

La gravité des effets nocifs constatés au regard des bénéfices attendus et l'information donnée à l'utilisateur du produit sur les risques et plus généralement les précautions à prendre et les effets du produit sont notamment prises en compte.

A titre d'exemples, la Cour de cassation a retenu que caractérisait un défaut :

- une cour d'appel qui relevait que le préjudice subi par une personne, qui avait ingéré un médicament, était imputable aux caractéristiques de son enveloppe non digestible, laquelle avait provoqué une inflammation nécessitant des interventions chirurgicales (Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 96-12078, Bull. n° 95) ;
- une cour d'appel qui relevait qu'à la date de la prescription d'un médicament destiné à traiter l'obésité, les risques d'hypertension artérielle pulmonaire primitive liés à son utilisation ne figuraient pas dans la notice destinée aux malades et n'étaient pas exactement mentionnés dans le résumé des caractéristiques du produit dont disposait le prescripteur (Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-16648, Bull. n° 35) ;
- une cour d'appel qui relevait que si la notice d'utilisation d'un produit destiné à l'effacement de rides et imperfections cutanées remise aux seuls médecins, mentionnait le risque d'effets indésirables tels que ceux survenus, la plaquette d'information, communiquée préalablement à la patiente n'en faisait aucun état, malgré leur présence dans la littérature médicale et leur incidence sur un éventuel renoncement de celle-ci aux soins (Cass., 1^{ère} civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 06-14174, Bull. n° 368).

Elle a, au contraire, estimé que violaient l'article 1147 du code civil interprété à la lumière de la directive du 25 juillet 1985 :

- une cour d'appel qui, pour décider qu'un médicament susceptible d'avoir provoqué un syndrome de Lyell était atteint de défauts de nature à causer un danger pour les personnes et n'offrait pas la sécurité pouvant être légitimement attendue, retenait que certains de ses principes actifs étaient dangereux, même si la manifestation du danger était rare, sans rechercher si, au regard des circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage que le public pouvait raisonnablement en attendre, du moment de sa mise en circulation et de la gravité des effets nocifs constatés, le produit était défectueux (Cass., 1^{ère} civ., 5 avril 2005 pourvois n° 02-11947 et 02-12065, Bull. n° 173) ;
- une cour d'appel qui, pour déclarer un laboratoire entièrement responsable des conséquences dommageables subies par une personne vaccinée contre l'hépatite B, retenait que le vaccin fabriqué par ce laboratoire avait été le facteur déclenchant du syndrome de la maladie de Guillain-Barré par cette personne et que l'autorisation de mise sur le marché de ce produit, dont l'obtention n'avait pas pour effet d'exonérer le fabricant de sa responsabilité dans les conditions du droit commun, énumérait cette affection au titre des effets indésirables, en mentionnant « très rarement, des neuropathies périphériques », dès lors que de telles énonciations ne caractérisaient pas le défaut du vaccin litigieux. (Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 03-19534, Bull. n° 33).



b. Le lien de causalité entre le défaut et le dommage

La victime doit établir non seulement l'existence d'un lien entre l'administration du produit et le dommage mais aussi entre le défaut et le dommage (V. TR2) ; une telle preuve pouvant être très difficile à rapporter en raison notamment de l'état des connaissances scientifiques.

La question d'un lien de causalité entre les vaccinations contre l'hépatite B et les affections démyélinisantes, est ainsi soumise aux juridictions en l'absence de certitudes scientifiques mais aussi de possibilités d'exclure un tel lien.

Après avoir estimé qu'une cour d'appel ne pouvait retenir la responsabilité d'un laboratoire ayant fabriqué un vaccin contre l'hépatite B et l'affection démyélinisante présentée par une personne ayant subi cette vaccination, dès lors qu'elle avait constaté que l'étiologie de la sclérose en plaques était inconnue et ni les expertises ni les études scientifiques ne concluaient à l'existence d'une telle association ce dont il résultait que le défaut du vaccin comme le lien de causalité entre la vaccination et la maladie ne pouvaient être établis (Cass., 1^{ère} civ., 23 septembre 2003, pourvoi n° 01-13063, Bull. n° 188), la Cour de cassation a relevé qu'il incombait aux juges du fond de rechercher si les éléments de preuves soumis constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage (not. Cass., 1^{ère} civ., 22 mai 2008, pourvois n° 05-20317 et 06-10967, Bull. n° 148 et 149) et que l'existence de présomptions graves, précises et concordantes relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2009 et 25 novembre 2010, pourvois n° 08-16097 et 09-16556, Bull. n° 185 et 245).

Elle a précisé encore que dès lors que la preuve du lien de causalité entre le défaut et le dommage pouvait résulter de présomptions graves, précises et concordantes, une cour d'appel ne pouvait débouter les ayants droits d'une victime de leur action contre le fabricant d'un vaccin et le médecin prescripteur, en exigeant la preuve formelle d'un lien de causalité direct et certain entre l'injection vaccinale et le déclenchement de la pathologie (Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12781, Bull. n° 141).

2. Les causes d'exonération

Elles sont prévues par l'article 1386-11 du code civil et ont trait en particulier à l'absence de mise en circulation du produit, de défaut lors de la mise en circulation, au fait que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire ou encore que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit n'a pas permis de déceler l'existence du défaut.

La Cour de cassation a toutefois retenu que si le juge national saisi d'un litige dans une matière entrant dans le domaine d'application d'une directive, était tenu d'interpréter son droit interne à la lumière du texte et de la finalité de cette directive, c'était à la condition que celle-ci soit contraignante pour l'État membre et ne lui laisse pas une faculté d'option pour l'adaptation de son droit national au



droit communautaire. Elle a donc déduit que dès lors que la directive du 25 juillet 1985 laissait aux États membres la faculté d'introduire ou non dans leur législation interne l'exonération pour risque de développement, les dispositions de la directive alors non encore transposée, prévoyant ce cas d'exonération, ne pouvaient donner lieu à une interprétation conforme des textes de droit interne, dans un litige entre particuliers et qu'en conséquence, violait les textes de droit interne applicables, la cour d'appel qui, se livrant à leur interprétation à la lumière de la directive, exonérait de sa responsabilité le fabricant d'un médicament défectueux au motif qu'en l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation de ce produit, aucun manquement à son obligation de sécurité ne pouvait lui être reproché (Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2007, Bull. n° 185, pourvoi n° 05-10234).

Cette exonération pour risque de développement est aussi exclue par l'article 1386-12 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.

B. Les autres régimes de responsabilité

L'article 1386-18 du code civil précise que les dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité, et que le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond.

La CJCE a cependant interprété restrictivement l'article 13 de la directive transposé à l'article 1386-18 et relevé que la référence aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle devait être interprétée en ce sens que le régime mis en place par la directive n'excluait pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute. Elle a ensuite ajouté que la référence aux droits dont la victime d'un dommage pouvait se prévaloir au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la directive devait être entendue comme visant un régime propre, limité à un secteur déterminé de production (CJCE, 25 avril 2002, n° C-154/00 et C-183/00).

Seuls subsistent donc au bénéfice des victimes les régimes ayant un fondement distinct de celui sur lequel repose la directive du 25 juillet 1985 et notamment la responsabilité pour faute ou la responsabilité au titre des vices cachés prévue par l'article 1641 du code civil mais dont les conditions sont restrictives.

La Cour de cassation a retenu dans le cas du Distilbène, dont la mise en circulation était en tout état de cause antérieure à l'application de la directive, l'existence de fautes des laboratoires en lien de causalité avec le dommage.

Elle a estimé que la société qui avait maintenu la distribution d'un médicament en présence de la littérature scientifique faisant état de la survenance de cancers très divers et d'expérimentations animales démontrant le risque carcinogène



connu et qui en l'état de doutes portant sur l'innocuité d'un produit, d'études expérimentales et d'observations cliniques qui contre-indiqueraient son utilisation, n'avait pris aucune mesure devant des résultats discordants quant aux avantages et inconvénients, avait manqué à son obligation de vigilance (Cass., 1^{ère} civ., 7 mars 2006, pourvois n° 04-16179 et 04-16180, Bull. n° 142 et 143).

Elle a précisé qu'il incombait à la victime de prouver qu'elle avait été exposée à la molécule litigieuse et que dans un tel cas il appartenait à chacun des laboratoires ayant mis sur le marché un produit qui la contenait de prouver que celui-ci n'était pas à l'origine du dommage (Cass., 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, pourvois n° 08-10081 et 08-16305, Bull. n° 186 et 187, et Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-18837, Bull. n° 22).

II. La responsabilité des professionnels de santé et des établissements de santé

La responsabilité des professionnels de santé et des établissements de santé au titre des produits défectueux fournis à leurs patients ou utilisés a été retenue par la Cour de cassation et le Conseil d'État. La question de sa survie se pose au regard des dispositions de la loi du 19 mai 1998.

A. Les principes posés par la Cour de cassation et du Conseil d'État

La Cour de cassation a jugé que le contrat formé entre le patient et son médecin ou entre le patient et l'établissement de santé mettait à la charge de ces dernier une obligation de sécurité de résultat en ce qui concernait les matériels utilisés pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins et les produits fournis, tels les médicaments, sans préjudice de leur recours en garantie (Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 1999 et 7 novembre 2000, pourvois n° 98-10010 et 99-12255, Bull. n° 300 et 279).

Le Conseil d'État a affirmé aussi que, sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier était responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilisait (CE, 9 juillet 2003, *AP-HP c/ Mme Marzouk*, n° 220437, Rec. p. 338).

Ces jurisprudences ont permis à la victime de disposer à la fois d'une action contre le professionnel de santé ou l'établissement de santé fournisseur ou utilisateur du produit défectueux et contre le fabricant de ce produit.

La Cour de cassation et le Conseil d'État ont, en revanche, respectivement jugé s'agissant des contaminations d'origine transfusionnelles que les établissements de santé se bornant à recevoir des produits sanguins en vue d'une intervention chirurgicale n'étaient soumis qu'à une simple obligation de prudence et de diligence dans la fourniture de produits sanguins livrés par un centre de transfusion (Cass., 1^{ère} civ., 12 avril 1995, pourvoi n° 92-11950, 92-11975, Bull. n° 180) et n'engageaient pas leur responsabilité en l'absence de faute (CE, Ass., 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen* n° 143238, Rec. p. 221 et *Consorts Pavan* n° 151798, Rec. p. 222) ; la responsabilité étant alors en principe assumée par les centres de transfusion sanguine.



B. Les incidences de la loi du 19 mai 1998

La loi du 4 mars 2002 a expressément prévu à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique que la responsabilité des professionnels de santé et des établissements de santé pouvait être encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, hors de l'hypothèse d'une faute.

Cependant si lors de la transposition de la directive du 25 juillet 1985, la loi du 19 mai 1998 avait énoncé à l'article 1386-7 du code civil que le fournisseur professionnel comme le distributeur étaient responsables du défaut de sécurité du produit dans les mêmes conditions que le producteur, cette disposition a dû être modifiée à la suite de plusieurs condamnations au titre de cette transposition (CJCE, 25 mars 2002, n° C-52/00 et 14 mars 2006, n° C-177/04), par les lois des 9 décembre 2004 et 5 avril 2006 et précise désormais que la responsabilité du fournisseur est limitée au cas où le producteur ne peut être identifié et où le fournisseur n'a pas désigné son propre fournisseur ou le producteur dans un délai de trois mois.

Hors de ces cas et en l'absence de faute telle qu'un manquement à une obligation de vigilance ou de possibilité d'action de la victime au titre de la garantie des vices cachés, la responsabilité du fournisseur du produit de santé défectueux ne peut donc être engagée.

La Cour de cassation a d'ailleurs retenu dans le cadre d'une action en responsabilité contre le fournisseur d'un produit défectueux qui n'était pas un produit de santé qu'une cour d'appel avait décidé à bon droit qu'était irrecevable l'action en responsabilité contractuelle introduite contre le fournisseur d'un appareil défectueux par l'acquéreur qui en connaissait le fabricant et fondée sur l'article 1147 du code civil, dont elle avait fait une exacte interprétation à la lumière de la directive du 25 juillet 1985 non encore transposée, par application des méthodes d'interprétation du droit national, comme elle y était tenue, en vue d'atteindre le résultat recherché par la norme communautaire dans un litige relevant du domaine d'application de la directive et né de faits postérieurs à l'expiration du délai de transposition de celle-ci (Cass., 1^{ère} civ., 15 mai 2007, pourvoi 05-17947, Bull. n° 186).

Dans ce contexte et compte tenu de l'interprétation restrictive de l'article 13 de la directive relatifs au droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité (CJCE, 25 avril 2002, n° C-154/00 et C-183/00), la survie de la responsabilité de l'utilisateur du produit défectueux en l'absence de faute est aussi discutée.

Le Conseil d'État, saisi de cette question a décidé de surseoir à statuer jusqu'à ce que la CJUE se soit prononcée sur les deux questions préjudicielles suivantes : « *a. Compte tenu des dispositions de son article 13, la directive du 25 juillet 1985 permet-elle la mise en œuvre d'un régime de responsabilité fondé sur la situation particulière des patients des établissements publics de santé, en tant qu'il leur reconnaît notamment le droit d'obtenir de ces établissements, en l'absence même de faute de leur part, la réparation des dommages causés par la défaillance des produits*



*et appareils qu'ils utilisent, sans préjudice de la possibilité pour l'établissement d'exercer un recours en garantie contre le producteur ? b. La directive limite-t-elle la possibilité pour les États membres de définir la responsabilité des personnes qui utilisent des appareils ou produits défectueux dans le cadre d'une prestation de services et causent, ce faisant, des dommages au bénéficiaire de la prestation ? » (CE, 4 octobre 2010, *CHU de Besançon*, n° 327449, inédit au Rec.).*

La possibilité de maintenir une responsabilité de l'établissement ou du professionnel de santé ayant fourni le produit de santé défectueux est également discutée.

III. Des dispositions spécifiques au titre de certains dommages

Elles concernent essentiellement les dommages liés aux contaminations d'origine transfusionnelles, aux vaccinations obligatoires, à des recherches biomédicales et aux affections iatrogènes graves et enfin les dommages consécutifs à la vaccination contre la grippe A, l'hormone de croissance active et au Benfluorex.

A. Les dommages liés aux contaminations d'origine transfusionnelles

La Cour de cassation a retenu que « les centres de transfusion sanguine étaient tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et qu'ils ne pouvaient s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée et précisé, que le vice interne du sang, même indécélable, ne constituait pas, pour l'organisme fournisseur, une cause qui lui était étrangère, que les obligations des centres de transfusion quant à la conservation du sang et à sa délivrance, dont ils avaient le monopole, ne les dispensaient pas de réparer les conséquences dommageables dues à la fourniture de sang nocif (Cass., 1^{ère} civ., 12 avril 1995, pourvois n° 92-20747, 92-11950 et 92-11975, Bull. n° 179 et 180) et que des fautes imputées aux pouvoirs publics à raison d'une information insuffisante, ne constituaient pas une cause exonératoire de leur responsabilité (Cass., 1^{ère} civ., 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-13414, Bull. n° 303).

Le Conseil d'État a retenu aussi qu'eu égard tant à la mission confiée par la loi aux centres de transfusion sanguine, qui avaient le monopole des opérations de collecte du sang et qui avaient pour mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, le traitement, le conditionnement et la fourniture aux utilisateurs, des produits sanguins, qu'aux risques que présentait la fourniture de ces produits, les centres de transfusion et les centres hospitaliers au titre de leur activité de transfusion sanguine étaient responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis (CE, Ass., 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen*, n° 143238, Rec. p. 221 et *Consorts Pavan*, n° 151798, Rec. p. 222).

La réforme de l'organisation de la transfusion sanguine a conduit à la création de l'Établissement français du sang le 1^{er} janvier 2000, en application de la loi n° 98-535 du 1 juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, placé sous la tutelle du ministère en charge de la santé et qui s'est substitué aux centres de transfusion sanguine selon des modalités de transfert progressivement fixées.



1. Les contaminations par le VIH

La loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 a institué un Fonds d'indemnisation pour les transfusés et les hémophiles victimes de contamination par le VIH, dont les droits et les obligations ont été transférés à l'ONIAM par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 (V. TR 1 et 2).

La procédure d'indemnisation est fixée par les articles L. 3122-1 du code de la santé publique et suivants et R. 3122-1 et suivants du code de la santé publique ; la victime devant justifier de l'atteinte par le VIH et des transfusions ou injections subies et une offre d'indemnisation étant effectuée par l'ONIAM, si les conditions sont remplies.

En cas de refus de l'offre ou de rejet de sa demande, la victime dispose d'un recours devant la cour d'appel de Paris et l'ONIAM dispose d'une action subrogatoire à l'encontre du responsable de la contamination en cas de faute.

2. Les contaminations par le VHC

A la suite de décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation ayant, pour faciliter l'indemnisation des victimes confrontées à une impossibilité d'apporter la preuve de l'origine transfusionnelle de leur contamination, progressivement adapté le régime de preuve applicable (CE, 15 janvier 2001, *AP-HP*, n° 208958, Rec. p. 15 et Cass., 1^{ère} civ., 9 mai et 17 juillet 2001, pourvois n° 99-18161, 99-18514 et 00-10883, Bull. n° 130 et 234), la loi du 4 mars 2002 a consacré une présomption d'imputabilité en matière de contamination par le VHC prévue par l'article 102 de la loi du 4 mars 2002. L'application de cette présomption, comme de la présomption posée en matière de contamination par le VIH a fait l'objet de nombreux arrêts rendus par le Conseil d'État et la Cour de cassation (V. TR2).

L'ordonnance n° 2005-1087 du 1^{er} septembre 2005 a prévu que les demandes d'indemnisation au titre des produits élaborés par les organismes dont les droits et obligations avaient été transférés à la juridiction administrative relèveraient sous certaines conditions de la compétence des juridictions administratives.

L'article 67 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009 a confié à l'ONIAM la mission d'indemniser les victimes de contaminations par le VHC d'origine transfusionnelle, institué une procédure de règlement amiable prévue spécifiquement par l'article L. 1221-14 du code de la santé publique et décidé que l'ONIAM se substituerait à l'EFS dans les contentieux en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable et que pour bénéficier de la procédure amiable, il appartiendrait au demandeur de solliciter de la juridiction saisie un sursis à statuer aux fins d'examen de sa demande par l'office. Cette substitution est effective depuis le 1^{er} juin 2010 en application du décret n° 2010-251 du 11 mars 2010 et de l'arrêté du 15 mars 2010 portant nomination au conseil d'orientation de l'ONIAM.

B. Les dommages liés à des vaccinations obligatoires

Certaines vaccinations prévues par les articles L. 3111-2 et suivants du code de la santé publique revêtent un caractère obligatoire.



La loi n° 64-643 du 1^{er} juillet 1964 a mis en place une responsabilité sans faute de l'État du fait des vaccinations obligatoires ; les demandes de réparation des dommages étant alors soumises à une commission de règlement amiable des accidents vaccinaux créée auprès du ministre de la santé, chargée d'émettre un avis.

L'article L. 3111-9 du code de la santé publique relatif à cette réparation a été successivement modifiée par les lois du 4 mars 2002 et n° 2004-806 du 9 août 2004, ayant retenu que la réparation serait versée pour le compte de l'État par l'ONIAM puis à compter du 1^{er} janvier 2006 qu'elle serait assurée par l'ONIAM après un examen des demandes par une commission d'indemnisation. La procédure d'indemnisation des dommages est prévue par les articles R. 3111-27 et suivants du code de la santé publique.

Le Conseil d'État saisi de recours contentieux a admis sous certaines conditions dans des cas d'affections identifiées scientifiquement, telle qu'une sclérose en plaques et une polyarthrite rhumatoïde, où les rapports d'expertise n'avaient pas exclu la possibilité d'un lien, qu'un lien direct entre la vaccination contre le virus de l'hépatite B et ces affections, devait être regardé comme établi lorsque la maladie était apparue dans un bref délai à la suite de l'injection du vaccin, le patient était en bonne santé avant l'injection et ne présentait aucun antécédent à cette pathologie (CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, n° 267635, Rec. p. 118 et *Commune de Grenoble*, n° 278665, inédit au Rec.).

Ces arrêts étant plus particulièrement examinés au sein de la TR 2.

La Cour de cassation a aussi admis dans le cas d'une affection démyélinisante apparue après une vaccination, qu'une cour d'appel avait estimé dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le salarié rapportait la preuve qui lui incombait de ce qu'il a été victime d'un accident du travail (Cass., 2^{ème} civ., 25 mai 2004, pourvoi n° 02-30981, Bull. n° 237).

C. Les dommages liés à des recherches biomédicales

Les recherches biomédicales font l'objet d'un encadrement juridique spécifique fixé par les articles L. 1121-1 et suivants, initialement prévu par la loi n° 91-1138 du 20 décembre 1988 et notamment modifié par les lois des 4 mars 2002, n° 2004-806 du 9 août 2004 et 2006-450 du 18 avril 2006. La charge de la réparation des dommages ne dépend plus désormais du type de recherche entreprise.

L'indemnisation des conséquences dommageables est, selon l'article L. 1121-10 du code de la santé publique issu de la loi du 9 août 2004, à la charge du promoteur sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse lui être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.

Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées dans les conditions prévues par l'article L 1142-3 du code de la santé publique, en saisissant les CRCI ; l'indemnisation étant assurée par l'ONIAM et n'étant alors pas soumise à un caractère de gravité.



D. Les dommages consécutifs à des affections iatrogènes

La réparation des affections indésirables provoquée par les soins et les produits de santé, en l'absence de responsabilité des producteurs, professionnels de santé ou des établissements de santé peut être mise à la charge de la solidarité nationale, dans les mêmes conditions que les dommages consécutifs aux accidents médicaux et aux infections nosocomiales en application de l'article L. 1142-1 II.

Il est donc nécessaire que les dommages soient liés à des soins accomplis à compter du 5 septembre 2001 et que les critères de gravité fixés par cette disposition et l'article D. 1142-1 du code de la santé publique soient remplis.

E. Les dommages liés à la vaccination contre la grippe A

Ils sont pris en charge par l'ONIAM, chargé dans le cadre de la mission confié à ce dernier par la loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 d'assurer la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une mesure sanitaire d'urgence, et font l'objet des articles L. 3131-1 et suivants R. 3131-1 à R. 3131-3-5 du code de la santé publique.

F. Les dommages liés aux contaminations par l'hormone de croissance extractive

Ils sont pris en charge par l'ONIAM à la suite du transfert des obligations de l'association France-Hypophyse prévu par la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002. L'ONIAM intervient, comme garant des obligations de l'association France Hypophyse, pour les indemnités susceptibles d'être mises à la charge de cette dernière dans les contentieux civils et pénaux en application de l'article L. 1114-22 du code de la santé publique.

G. Les dommages liés au Benfluorex

S'ils peuvent faire l'objet d'actions contentieuses, une procédure amiable spécifique facultative et gratuite, gérée par l'ONIAM, a été prévue par la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 et le décret n° 2011-932 du 1^{er} août 2011 dans le but de faciliter l'indemnisation des victimes.

L'instruction des demandes est confiée à un collège d'experts, placé auprès de l'ONIAM pouvant diligenter une expertise et disposant d'un délai de six mois pour rendre un avis sur la demande d'indemnisation.

S'il retient l'existence d'un déficit fonctionnel imputable au traitement par Benfluorex, le collège émet un avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages ainsi que sur le régime de responsabilité.

Dans le cas où il prononce un avis d'indemnisation, il appartient aux personnes considérées comme responsables ou leurs assureurs, d'adresser à la victime une offre d'indemnisation dans un délai de trois mois avec une possibilité le cas échéant de substitution de l'office en cas de silence, de refus, ou d'offre manifestement insuffisante des responsables.

Le demandeur souhaitant contester l'avis du collège d'expert, l'offre émise par le responsable ou encore la décision de l'ONIAM, a la possibilité de renoncer à la procédure de règlement amiable et de saisir la juridiction compétente.



Synthèse des propositions de la mission parlementaire d'information commune sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical

Source : Assemblée nationale, 8 juillet 2009

Proposition n° 1 – Par voie réglementaire, harmoniser les tarifs des supports de reproduction des éléments d'un dossier médical qui peuvent être exigés par les professionnels de santé et les établissements de santé des secteurs public et privé, et fixer un coût plafonné par dossier.

Proposition n° 2 – Modifier les délais de communication des informations contenues dans un dossier médical :

- en supprimant le délai de réflexion de quarante-huit heures ;
- en fixant à quinze jours la durée du délai au cours duquel les informations demandées doivent être communiquées, à l'exception des demandes motivées par une urgence médicale, par la sollicitation d'un deuxième avis médical ou par une injonction.

Proposition n° 3 – En cas de refus d'accès à un dossier médical ou de non-respect de ses délais légaux de transmission et préalablement à tout contentieux judiciaire ou administratif, confier aux commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI) une compétence générale de contrôle du respect du droit d'accès au dossier médical. En conséquence, exclure du champ de compétence de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), les demandes de communication de dossier médical.

Proposition n° 4 – Affirmer le droit du majeur autonome sous tutelle à consulter son dossier.

Proposition n° 5 – Permettre à toute personne d'accéder à son dossier médical par l'intermédiaire d'un mandataire, à condition que ce dernier :

- dispose d'un mandat exprès et puisse justifier de son identité ;
- ait la qualité d'ayant droit du patient ou ait été désigné par lui comme sa personne de confiance ;
- n'entretienne ni ne soit susceptible d'entretenir des relations contractuelles avec le patient sous peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Proposition n° 6 – Maintenir aux parents d'un enfant décédé leur droit d'accéder librement à l'ensemble de son dossier médical, à l'exception des éléments d'information pour lesquels la personne mineure s'était préalablement opposée à leur communication.

Proposition n° 7 – Ouvrir au concubin ou au partenaire d'un pacte civil de solidarité d'un patient décédé le droit d'accéder au dossier médical de ce patient dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues pour les ayants droit.

Proposition n° 8 – Mettre en place une évaluation du risque infectieux en cabinet libéral et une politique de lutte contre ce risque.

Proposition n° 9 – Clarifier et unifier la définition des infections nosocomiales indemnisables, en excluant de leur champ celles pouvant être considérées comme irrésistibles.

Proposition n° 10 – Étendre le régime d'indemnisation de plein droit aux infections associées aux soins contractées en médecine de ville, sous réserve d'une concertation préalable sur les conséquences de cette extension en matière d'assurance.

Proposition n° 11 – Après évaluation des conséquences au regard du nombre annuel prévisible de dossiers supplémentaires et attribution des nouveaux moyens nécessaires, supprimer tout seuil d'accès aux CRCI dans leur mission de règlement amiable.

Proposition n° 12 – Après concertation avec les professionnels concernés et évaluation des conséquences financières, mettre en place une aide à l'assistance juridique et médicale devant les CRCI pour les personnes les plus démunies.

Proposition n° 13 – Supprimer la condition d'inscription préalable sur les listes d'experts judiciaires pour pouvoir postuler à l'inscription sur la liste de la Commission nationale des accidents médicaux.

Proposition n° 14 – Permettre à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales de se substituer à l'assureur en cas d'offre manifestement insuffisante, sous réserve de la possibilité de l'exercice d'une action récursoire.



Séance de Clôture

Intervention de Jean-Marc Sauvé²⁸⁸
vice-président du Conseil d'État

Conclure un colloque d'une telle densité, pour la première fois organisé conjointement par la Cour de cassation et le Conseil d'État, qui a rassemblé plus de quarante intervenants autour de sept tables rondes consacrées aux multiples aspects de la responsabilité médicale est une véritable gageure, surtout lorsque l'on supplée un ministre de manière imprévue dans cet exercice et qu'il faut tout dire ou presque en quinze minutes ! Mon trouble est encore accru par le fait que, en 35 ans de carrière, je n'ai guère participé au jugement d'affaires de responsabilité médicale, ce qui ne peut surprendre tout à fait puisqu'elles ne représentent qu'entre 1 % et 2 % du contentieux administratif²⁸⁹. J'ai certes été rapporteur il y a 33 ans de la première affaire présentant à juger un moyen tiré de la violation de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme : le requérant était un médecin et la juridiction en cause, la section disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins. Mais je crains que ce bagage médical, somme toute limité, ne soit pas pertinent, ni suffisant au regard de l'objet de ce colloque.

Je souhaite, en premier lieu, féliciter les organisateurs de cet événement et, tout particulièrement, la Cour de cassation ainsi que la section du rapport et des études du Conseil d'État, pour la parfaite maîtrise matérielle d'abord, intellectuelle ensuite, de cet événement. Je le dis d'autant plus volontiers que si j'ai approuvé et soutenu ce projet, je n'ai guère pris part à sa préparation et à son organisation. Le travail réalisé en amont de ces journées - je pense notamment aux rencontres d'harmonisation des interventions par table ronde ainsi qu'à la constitution du très riche « dossier du participant » - ainsi que durant celles-ci, a contribué de manière décisive au caractère fécond des échanges et des discussions qui se sont déroulés. Ce travail se poursuivra avec la publication des actes de ce colloque. Je souhaite également remercier les chefs de la Cour de cassation qui nous ont accueillis hier dans la grand'chambre de la Cour et ont introduit le colloque, le président Dutheillet de Lamothe qui a ouvert la séance de ce jour, les présidents des sept tables rondes, tous également motivés et aguerris, et tous les intervenants, pour leur implication dans ce projet et la richesse de leurs réflexions et de leurs travaux qu'ils ont su partager avec nous. Je remercie tout spécialement les uns et les autres d'avoir consenti à se prêter à des prises de parole brèves et multiples évitant l'écueil de longs monologues successifs. Mais qu'ils se rassurent : personne ne sera dispensé de la production de textes écrits, complets et documentés en vue de la publication des actes du colloque. Je remercie également les nombreux et actifs participants à ce colloque, en regrettant que, parfois, les échanges avec la salle aient dû être quelque peu écourtés.

288 Texte écrit en collaboration avec M. Olivier Fuchs, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

289 Selon les chiffres donnés lors de la première table ronde, qui sont confirmés par C. Maugüé et J.-P. Thiellay (*La responsabilité du service public hospitalier*, Paris, LGDJ, 2010, p. 23).

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a consacré une évolution conceptuelle et structurelle majeure du droit de la santé, notamment en reconnaissant et en précisant les droits des personnes malades et en clarifiant les responsabilités des professionnels et des établissements de santé. Cette loi, qui s'est en partie inscrite dans la tradition des régimes législatifs d'indemnisation, est intervenue dans un contexte d'incertitudes et de divergences sur les fondements de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé, de dilution de la responsabilité pour faute, d'incertitude corrélative sur les droits à indemnisation, au total d'insuffisante protection des droits des malades. Ce contexte était également celui d'une défiance entre patients, d'une part, médecins et système de santé, d'autre part, à la suite de drames de santé publique qu'il est inutile de rappeler²⁹⁰.

Il en résultait, dans le contexte particulier du dualisme juridictionnel, une sorte d'« émulation créatrice » jurisprudentielle et des désaccords, certes « stimulants »²⁹¹, mais peu compréhensibles entre les deux ordres de juridiction dans la recherche de solutions à des situations juridiquement et socialement complexes, qui ne trouvaient pas de réponse dans la loi ou alors des réponses très ponctuelles et insuffisantes. Au final, la protection assurée était inégale, incomplète et trop peu accessible.

Dix ans après son adoption, le bilan que l'on peut tirer de la loi, dans le domaine spécifique de la responsabilité médicale et de la réparation des préjudices subis par les patients, est positif, voire très positif, même si des manques se font sentir et si des évolutions législatives ou jurisprudentielles restent utiles, voire nécessaires.

Il me semble que deux tendances principales se dégagent des débats auxquels nous avons assisté. La loi du 4 mars 2002 établit tout d'abord un nouvel équilibre entre responsabilité et solidarité (I). Elle contribue également à l'affirmation des droits des personnes malades et, ce faisant, à une redéfinition des modalités de la réparation (II).

I. La loi du 4 mars 2002 établit un nouvel équilibre entre solidarité et responsabilité et entre réparation et répression

Cette loi consacre, dans des hypothèses qu'elle définit, une nouvelle exigence de solidarité nationale (A) et recentre les régimes de responsabilité autour de la faute (B). Elle a également des incidences sur les contentieux pénal et disciplinaire (C).

A. L'essor de la solidarité s'inscrit dans une tendance plus générale à la « socialisation du risque », c'est-à-dire à une mutualisation des risques, l'indemnisation étant alors déconnectée de la responsabilité. Elle est, ici comme dans d'autres domaines, l'œuvre du législateur²⁹². Cet essor de la solidarité en matière d'accidents médicaux et d'infections nosocomiales s'est fait dans un cadre innovant (1). Cette dynamique, qui a été renforcée par le passage dans le giron de la responsabilité de régimes plus ponctuels (2), n'est toutefois pas sans limites (3).

290 Sur les origines de la loi ainsi que les circonstances de son adoption, voir D. Tabuteau, « Bilan de la loi Kouchner du 4 mars 2002 », *Revue générale de droit médical*, 2009, n° 33, p. 105 et s.

291 Selon les expressions de C. Maugué et J.-P. Thiellay, op. cit., p. 35 et 36.

292 Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque. Rapport public 2005*, La documentation française.



1. La loi du 4 mars 2002, telle que complétée notamment par la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002²⁹³, consacre, dans les cas les plus graves, l'essor de la solidarité nationale en ce qui concerne, d'une part, les accidents médicaux non fautifs et, d'autre part, les affections iatrogènes et les infections nosocomiales.

Pour que les dommages puissent être réparés dans le cadre de la solidarité nationale, certaines conditions, énoncées par le II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, doivent être remplies. Les accidents médicaux non fautifs, qui sont définis comme directement imputables à un acte de prévention, de diagnostic ou de soin, sont réparés dans le cadre de la solidarité nationale, dès lors qu'ils remplissent un critère de gravité²⁹⁴ et un critère d'anormalité au regard de l'état de santé du patient comme de l'évolution prévisible de celui-ci, cette dernière condition étant, comme cela a été rappelé au cours de notre colloque, assez difficile à appréhender concrètement. Sur ces points, la loi a mis fin de manière opportune à la divergence qui existait entre les deux ordres de juridiction quant à la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique²⁹⁵.

En ce qui concerne plus particulièrement la réparation des affections iatrogènes et des infections nosocomiales contractées dans les établissements hospitaliers, après le 1^{er} janvier 2003²⁹⁶, elle relève de la solidarité nationale, dès lors que le taux d'incapacité permanente partielle est supérieur à 25 % ou que le patient est décédé²⁹⁷. La loi a sur ce point fait converger et aboutir les tendances jurisprudentielles dégagées en matière d'indemnisation des dommages causés par les infections nosocomiales²⁹⁸. La cause d'exonération, retenue dans le régime antérieur par le juge administratif uniquement, relative à l'origine exogène de l'infection, est en outre abandonnée²⁹⁹.

293 Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale.

294 V. les conditions posées par l'art. L. 1142-1 du code de la santé publique. A l'heure actuelle, présentent ce caractère de gravité les dommages ayant entraîné un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 24 %, mais également ceux ayant entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 %. A titre exceptionnel, ce caractère de gravité peut également être reconnu dans d'autres cas (V. art. D. 1142-1 du code de la santé publique).

295 Si le Conseil d'État estimait, de manière extrêmement stricte il est vrai, que l'aléa thérapeutique peut engager la responsabilité de l'établissement (CE, ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336, Rec. p. 127), il n'en allait pas de même pour la Cour de cassation (Cass., 1^{ère} civ., 8 novembre 2000, n° 99-11735, Bull. n° 287).

296 Sur les régimes antérieurement applicables, voir C. Maugüé, J.-P. Thiellay, *op. cit.*, p. 70-71.

297 Art. L. 1142-1-1 du code de la santé publique.

298 Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'une infection nosocomiale révèle une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service (CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, n° 65087, Rec. p. 431) tandis que la Cour de cassation a dégagé à partir de 1999 une présomption de responsabilité (Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1999, n° 97-14254, Bull. n° 220).

299 Le régime de responsabilité construit de manière prétorienne par le Conseil d'État antérieurement à la loi du 4 mars 2002 conduisait à écarter la présomption de faute, dès lors que l'origine endogène de l'infection nosocomiale était certaine (CE, 27 septembre 2002, *Mme Neveu*, n° 211370, Rec. p. 315 et CE, 2 février 2011, *Leverne*, n° 320052, à mentionner aux Tables). Cette distinction est abandonnée, car en soulignant que « les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère » (art. L. 1142-1 du code de la santé publique), la loi fait « peser sur l'établissement de santé la responsabilité des infections nosocomiales, qu'elles soient exogènes ou endogènes, à moins que la preuve d'une cause étrangère ne soit apportée » (CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, n° 328500, Rec. p. 458).



Avec la loi du 4 mars 2002, la réparation de ces dommages s'effectue désormais dans un cadre inédit, selon une procédure innovante et efficace de conciliation et de règlement amiable, qui repose sur l'action des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) et de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). La procédure est plus rapide que dans le cadre des actions en responsabilité devant les juridictions. Elle est également, ainsi que les échanges l'ont montré, fiable et efficace. Bien qu'il faille apprécier, en ce domaine comme en d'autres, les statistiques avec précaution³⁰⁰, la part des règlements amiables des affaires est très importante, d'environ 70 % au total. Ce résultat montre que la procédure de règlement amiable des litiges issue de la loi du 4 mars 2002, qui n'est pas obligatoire, est une réelle réussite. Une telle procédure gagnerait, *mutatis mutandis*, à être étendue à la gestion préventive d'autres contentieux, en dehors même de la sphère sanitaire.

2. La dynamique de solidarité, ainsi que la place de l'ONIAM dans le dispositif général d'indemnisation, sont renforcées par le passage dans le giron de la solidarité de régimes plus ponctuels, dont la plupart reposaient auparavant sur une responsabilité sans faute. Il en va ainsi, par exemple, de la réparation des dommages résultant des vaccinations obligatoires³⁰¹. Parallèlement à la possibilité d'agir en justice, l'ONIAM est également dorénavant compétent, au nom de la solidarité nationale, pour indemniser les victimes de contaminations par le VIH, compétence auparavant dévolue au Fonds d'indemnisation pour les transfusés et les hémophiles³⁰², et par le virus de l'hépatite C³⁰³. Les obligations de l'Association France-Hypophyse ont également été transférées à l'ONIAM³⁰⁴. De même, les dommages imputables au Benfluorex, principe actif du Médiateur, pourront être pris en charge, comme cela été évoqué lors de notre septième table ronde, par l'ONIAM se substituant au responsable, en application de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011, à charge pour cet établissement de se retourner contre le laboratoire ayant produit cette molécule³⁰⁵.

3. Toutefois, la solidarité, malgré son essor, n'implique pas une réparation de tous les dommages causés lors d'une prise en charge médicale : elle ne constitue donc pas une garantie générale contre le risque médical. En premier lieu, ainsi que cela a été très justement souligné lors de la première table ronde, l'aléa thérapeutique ne constitue pas une catégorie juridique prenant en compte tous les événements indésirables ou inexplicables. L'accouchement, par exemple, ne constitue pas en soi un acte médical mais est cependant accompli dans un univers médicalisé, avec intervention possible d'actes de soins. La loi empêche également, par le biais de la condition d'anormalité, que l'échec thérapeutique soit considéré comme un aléa. En deuxième lieu, les conditions que j'ai déjà évoquées de recours à la solidarité nationale limitent le champ de celle-ci aux dommages les plus graves.

300 V. not. les explications de D. Martin, ancien directeur de l'ONIAM, à ce propos lors de la TR 1.

301 Art. L. 3111-9 du code de la santé publique.

302 Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ; ces dispositions ont été codifiées aux articles L. 3122-1 et s. du code de la santé publique.

303 Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009.

304 Art. L. 1142-22 du code de la santé publique.

305 Dispositions codifiées aux articles L. 1142-24-1 et s. du code de la santé publique.



Si la loi du 4 mars 2002 a parfois repris des principes jurisprudentiels, elle « *innove radicalement* »³⁰⁶ par l'institution d'un mécanisme spécifique de réparation de certains dommages par le biais de la solidarité nationale. En contrepartie à cette extension de la solidarité nationale, les régimes de responsabilité ont été recentrés autour de la faute.

B. Du fait du développement des régimes de solidarité, la responsabilité sans faute n'occupe plus qu'une place marginale (1), d'autant que le législateur a lui-même posé le principe de l'exigence d'une faute (2).

1. La responsabilité sans faute ne joue plus qu'un rôle marginal³⁰⁷, elle n'existe plus que « par exception »³⁰⁸. Comme cela a été souligné, hormis quelques régimes jurisprudentiels qui subsistent³⁰⁹, deux exceptions législatives au principe de la faute ont été posées par l'article L. 1142-1 du code de la santé.

Il s'agit tout d'abord de la réparation des infections nosocomiales. Selon le texte, les établissements de santé « *sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ». La doctrine ne s'accorde pas sur le caractère du régime de responsabilité, pour faute ou sans faute, qui découle de ces dispositions³¹⁰. Convenons que ce débat n'est toutefois pas d'une grande importance pratique, l'établissement de santé ne pouvant, en tout état de cause, s'exonérer qu'en cas de cause étrangère. Les échanges de la septième table ronde, comme ceux de la troisième, ont également montré à quel point cette notion de « cause étrangère » représentait un ensemble quasi-vide, en l'absence de faute de la victime, de force majeure ou de cas fortuit. Un très récent arrêt du Conseil d'État concernant le centre hospitalier d'Angers vient de le rappeler³¹¹. Enfin, et contrairement à la situation antérieure à la loi du 4 mars 2002, les infections nosocomiales contractées lors d'actes de médecine de ville sont exclues du régime de responsabilité de plein droit institué par l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, ainsi que cela a été souligné lors de la dernière table ronde³¹².

Outre cette première exception, l'article L. 1142-1 du code de la santé publique réserve également les cas où la responsabilité est encourue à raison d'un défaut d'un produit de santé. En cette matière, les échanges lors de la septième table l'ont bien montré, la conciliation entre le régime issu du droit de l'Union européenne, qui instaure une responsabilité objective du producteur dès lors qu'un produit a été

306 Selon l'expression de D. Truchet (« Responsabilité des services hospitaliers », *Dalloz Responsabilité de la puissance publique*, §9).

307 C. Maugué, J.-P. Thiellay, *op. cit.*, p. 87.

308 J.-P. Markus, « Responsabilité des établissements publics de santé. Fondements », *JCl. Adm.*, fasc. 906-10, §42 et s. ; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *op. cit.*, p. 455.

309 En matière, par exemple, de collaboration occasionnelle au service public hospitalier ou de placement médical surveillé des malades mentaux. Voir D. Truchet, *op. cit.*, §184 et s.

310 J.-P. Markus, « Responsabilité des établissements publics de santé. Fondements », *op. cit.*, § 46.

311 CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, n° 328500, Rec. p. 458.

312 Cette distinction, qui n'est pas nécessairement pertinente, est parfois remise en cause, bien que les médecins de ville se déclarent plutôt hostiles à une extension du régime de la responsabilité de plein droit, notamment compte tenu de la possible augmentation des primes d'assurance qui en résulterait (*Rapport d'information sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical* présenté à l'Assemblée nationale par G. Huet le 8 juillet 2009, p. 88 et s.).

mis en circulation et qu'il est défectueux³¹³, et le régime jurisprudentiel existant, tel qu'issu de l'arrêt *Marzouk*³¹⁴, est si délicate que la question a été renvoyée à la sagesse de la Cour de justice de l'Union européenne³¹⁵.

La responsabilité sans faute est donc l'exception. Elle est en outre subsidiaire dès lors que peut jouer, dans les conditions susmentionnées, la solidarité nationale pour les infections nosocomiales les plus graves.

2. La loi du 4 mars 2002 a en outre affirmé, à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, la faute comme le fondement principal de la responsabilité médicale. La place essentielle de la faute a procédé de la volonté du législateur de donner un coup d'arrêt à une jurisprudence qui s'éloignait trop de ce fondement et elle apparaît comme la contrepartie de l'extension de la responsabilité de plein droit et de la solidarité nationale. Par ailleurs, à la suite de l'abandon du critère de la faute lourde, consécutif aux jurisprudences aussi bien administrative – et notamment l'arrêt *Epoux V. en 1992*³¹⁶ – que judiciaire, et sauf en matière de diagnostic prénatal où le législateur a posé la condition d'une faute caractérisée³¹⁷, il faut constater l'heureuse et presque complète unification du régime de responsabilité pour faute autour de la faute simple. Celle-ci peut, dans certains cas circonscrits, être présumée ou révélée, ainsi que le relève la jurisprudence, notamment pour les actes de soins courants³¹⁸, comme cela a été souligné au cours de la deuxième table ronde.

Le constat d'une faute conduit à une réparation fondée sur la responsabilité de l'auteur, le tiers payeur, qui a pris en charge les conséquences dommageables de la faute, disposant d'un recours subrogatoire contre l'auteur du dommage.

La question de savoir si la mise en œuvre d'un régime de solidarité a eu une influence sur l'appréciation de la faute par les juridictions est particulièrement pertinente et a été justement débattue. Lors de la première table ronde, les intervenants se sont rejoints pour souligner que « l'existence d'un régime d'indemnisation ne rétroagit pas sur la qualification juridique de faute »³¹⁹. Cette appréciation, qui est tout à fait exacte lorsque le litige est porté devant les juridictions et, en particulier, devant les cours suprêmes, l'est sans doute moins d'un point de vue plus général, dès

313 La loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité des produits défectueux a transposé en droit français la directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité des produits défectueux du droit communautaire. Elle a été complétée par deux fois suite à la condamnation de la France par la CJUE (lois du 9 novembre 2004 et du 5 avril 2006).

314 CE, 9 juillet 2003, *AP-HP c/ Marzouk*, n° 220437, Rec. p. 338. Cette jurisprudence oblige les établissements de santé à réparer, même en l'absence de faute, les dommages dus à des produits défectueux.

315 CE, 4 octobre 2010, *CHU de Besançon*, n° 327449, inédit au Rec.

316 CE, ass., 10 avril 1992, *Epoux V.*, n° 79027, Rec. p. 171. V. également, en matière d'intervention médicale en urgence : CE, 20 juin 1997, *Theux*, n° 139495, Rec. p. 253.

317 En ce qui concerne les parents d'un enfant né avec un handicap, une indemnité au titre des préjudices qu'ils ont subis est possible lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée à la suite d'une « faute caractérisée ». Constitue par exemple une telle faute l'inversion de résultats d'amniocentèse avec une autre patiente (CE, 19 février 2003, *AP-HP c/ Consorts M.*, n° 247908, Rec. p. 41).

318 Voir encore récemment, refusant de qualifier une anesthésie générale de geste courant à caractère bénin dont les conséquences dommageables, lorsqu'elles sont sans rapport avec l'état initial du patient, permettraient de révéler une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service : CE, 21 octobre 2009, *Mme Altet-Caubissens*, n° 314759, Rec. p. 942.

319 Selon l'expression de J.-P. Thiellay.



lors que les victimes pratiquent volontiers le « *shopping* procédural », comme cela a été relevé ce matin lors de la quatrième table ronde. Elles peuvent ainsi en opportunité opter pour l'appel à la solidarité nationale, plutôt que se fonder sur la faute. Mais la stratégie des victimes ne s'impose évidemment pas aux CRCI qui, on le sait, concluent dans le tiers des cas où elles estiment qu'il y a matière à indemnisation, à l'existence d'une faute dans 50 % des cas et à une indemnisation fondée sur la solidarité dans 50 % des cas.

La loi du 4 mars 2002 conduit donc à un nouvel équilibre, caractérisé par l'essor de l'indemnisation par le biais de la solidarité nationale et le recentrage des régimes de responsabilité autour de la faute.

C. Dans ce nouvel équilibre entre solidarité et responsabilité, quelle est la place de la répression et, par suite, des contentieux pénal et disciplinaire ? Il faut bien distinguer, en ce qui concerne le contentieux pénal tout d'abord, la dimension quantitative – *in fine*, les condamnations sont, on le sait, très peu nombreuses malgré l'augmentation du nombre des plaintes – elles représentent 0,01 % du nombre des professionnels de santé assurés – de la dimension psychologique ou ressentie, c'est-à-dire le sentiment qu'ont les professionnels de santé d'un accroissement du risque pénal. S'agissant des procédures disciplinaires, la loi du 4 mars 2002 a conduit à d'importantes modifications, les victimes pouvant saisir le Conseil départemental de l'ordre et être parties à la procédure, ce qui a entraîné une augmentation du nombre des saisines. Ces procédures, même lorsqu'elles n'aboutissent pas, sont souvent vécues comme une condamnation morale – voire sociale – par les médecins. Mais il a aussi été souligné hier, lors de la troisième table ronde, que l'accès au dossier médical, comme le succès des procédures de règlement amiable, limitent dans un certain nombre de cas le besoin social de recourir à une procédure pénale et disciplinaire. Cela explique le très petit nombre des procédures pénales ainsi que la modestie, en dépit d'une hausse récente, des procédures disciplinaires, les unes et les autres pouvant cependant avoir un grand retentissement médiatique ou personnel.

La loi du 4 mars 2002 établit au total un nouvel équilibre entre responsabilité et solidarité. Elle prévient aussi l'abus des procédures répressives. Elle contribue également à une plus grande sécurité juridique et à l'affirmation des droits des personnes malades.

II. La deuxième orientation fondamentale de la loi du 4 mars 2002 est qu'elle initie une dynamique de meilleure protection des victimes, en particulier en affirmant les droits des personnes malades, et de plus grande sécurité juridique.

Avec la loi du 4 mars 2002, le législateur a voulu, avant toute chose, affirmer les droits des personnes malades et garantir leur égalité devant la loi (A). Les évolutions subséquentes ont également conduit à une redéfinition des modalités d'indemnisation mettant la victime dans une situation plus favorable qu'auparavant (B).

A. Cette loi a eu pour objectif majeur d'affirmer les droits des personnes malades et des usagers dans leurs relations avec le système de santé (2). Il convenait donc aussi qu'elle homogénéise les régimes juridiques applicables et garantisse l'égalité de tous devant la loi (1).



1. Le législateur a saisi l'occasion de cette loi ambitieuse pour harmoniser plusieurs règles applicables à l'ensemble des professionnels de santé. L'affirmation de la faute comme fondement principal de la responsabilité des professionnels de santé, que j'ai déjà évoquée, et la création de régimes de responsabilité de plein droit ont ainsi conduit à estomper les différences pouvant exister entre faute délictuelle et faute contractuelle, de même qu'entre faute civile et faute administrative³²⁰. La loi du 4 mars 2002 a également unifié les régimes de prescription. Il n'était pas acceptable que la victime, selon l'origine du dommage qu'elle subit, se fasse opposer une prescription quadriennale ou puisse bénéficier d'une prescription trentenaire. L'instauration d'une prescription décennale unique est donc une avancée significative³²¹. De même, il n'était pas raisonnable que soient maintenues les divergences jurisprudentielles qui existaient quant à l'indemnisation du préjudice du fait de la naissance³²². La loi a aussi permis de préciser le droit applicable aux expertises, notamment avec la mise en place la Commission nationale des accidents médicaux³²³ qui inscrit les experts sur une liste nationale et contribue à leur formation, comme nous l'avons mesuré dans le cadre de la sixième table ronde.

2. En ce qui concerne la substance des droits des malades, le droit d'être informé sur son état de santé, qui constitue la condition d'un consentement éclairé, a été consacré de manière particulièrement explicite par la loi de 2002, qui l'a assorti de trois exceptions : l'urgence, l'impossibilité d'informer ou la volonté d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic. Cette obligation très générale d'information, qui a posé de délicats problèmes pratiques et éthiques de mise en œuvre exposés ce matin lors de la cinquième table ronde, s'est traduite d'abord, en cas de manquement, par une réparation intégrale du préjudice corporel subi puis, à partir de 1990 pour la Cour de cassation et de 2000 pour le Conseil d'État³²⁴, par une indemnisation de la perte de chance. Il a été précisé, en outre, qu'une telle réparation n'est pas exclusive d'une indemnisation au titre d'une faute technique ou suite à la survenue d'un accident médical³²⁵.

La notion même de perte de chance est complexe, tant elle se manifeste en jurisprudence, ainsi que cela a été souligné lors des deuxième et cinquième tables rondes, à la fois comme un préjudice particulier et comme une distension, je n'ose dire une distorsion, du lien de causalité. La perte de chance a en tout état de cause permis d'aborder de manière plus favorable à la victime la question de l'incertitude scientifique. C'est également le cas lorsque sont instituées des

320 A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, Paris, Thémis, 2009, p. 449 et s.

321 Art. L. 1142-28 du code de la santé publique.

322 Le Conseil d'État avait estimé réparable le préjudice subi par les parents du fait de la naissance de l'enfant handicapé (CE, 14 février 1997, *Centre hospitalier de Nice c. Epoux Quarez*, n° 133238, Rec. p. 44). La Cour de cassation, pour sa part, avait admis que les fautes commises par le médecin puissent être en relation de causalité avec le préjudice subi par l'enfant (Cass., Ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13701, Bull. n° 9). Le législateur a résolu cette divergence en posant le principe selon lequel « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».

323 Art. L. 1142-9 et suivants du code de la santé publique.

324 Cass., 1^{ère} civ., 7 février 1990, pourvoi n° 97-14797, Bull. n° 220 et CE, 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, n° 181899, Rec. p. 5.

325 Cass, 1^{ère} civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 09-10992, Bull. n° 20 ; CE, 30 mars 2011, *ONIAM c/ Hautreux*, n° 327669, Rec. p. 148.



présomptions de causalité³²⁶. Si le principe reste que la preuve du lien de causalité incombe au demandeur, l'imputabilité d'un préjudice a dans certains cas été reconnue, alors même que le lien de causalité n'était pas directement établi, ce qui met en évidence une rupture entre causalité scientifique et causalité juridique, la seconde pouvant s'apprécier plus souplesment que la première, d'une manière probabiliste. Cette approche a été retenue par le Conseil d'État puis par la Cour de cassation, lorsqu'une affection démyélinisante – par exemple, une sclérose en plaques – survient à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B³²⁷. Cette solution est contestée par les professionnels de santé qui soulignent l'effet négatif qu'elle pourrait avoir sur la lutte contre l'hépatite B³²⁸. Des présomptions, légales cette fois-ci, existent également en matière transfusionnelle³²⁹. Comme cela a été souligné hier, la victime peut parfois être placée dans une situation paradoxale dans le cas où l'hypothèse nosocomiale entre en concurrence avec l'hypothèse transfusionnelle. Cette question a été résolue par le Conseil d'État dans deux décisions très récentes, rendues le 19 octobre, c'est-à-dire avant-hier, et qui font prévaloir la présomption légale qui s'attache à la cause transfusionnelle du fait de la rédaction même de l'article 102 de la loi du 4 mars 2002, qui précise que « le doute profite au demandeur »³³⁰.

La loi du 4 mars 2002, telle qu'interprétée par le Conseil d'État et la Cour de cassation, permet ainsi une meilleure protection des droits des malades. Elle clarifie en outre les droits des personnes et des organismes en charge de la réparation et la démarche de partage de l'indemnisation entre la victime et les tiers payeurs.

B. Cette loi initie en effet un processus qui a conduit à redéfinir les modalités de l'indemnisation, ce qui, *in fine*, favorise la sécurité juridique des victimes et des acteurs en charge de la réparation, même si des débats et des interrogations subsistent, ainsi que l'ont rappelé plusieurs participants à la quatrième table ronde de ce matin³³¹. Ont été précisés non seulement les préjudices indemnisables (1), mais également les modalités de répartition de l'indemnité entre les victimes ou leurs ayants droits et les tiers payeurs (2).

1. Avec l'adoption de la loi n° 2006-1140 du 21 décembre 2006³³², la notion de poste de préjudice devient déterminante. Elle modifie en effet les dispositions de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale aux termes duquel « les recours subrogatoires

326 Voir à cet égard la conclusion à la deuxième table ronde par D. Tabuteau, selon qui l'objectif de la loi comme de la jurisprudence a été de donner au droit l'effet le plus protecteur possible.

327 CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, n° 267635, Rec. p. 118 ; Cass., 1^{ère} civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12781, Bull. n° 141.

328 C. Maugüé et J.-P. Thiellay, *op. cit.*, p. 104.

329 En ce qui concerne la contamination par le virus de l'hépatite C, voir les arrêts de la Cour de cassation du 9 mai 2001 (Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 99-18161, Bull. n° 130) et du Conseil d'État du 15 janvier 2001 (*AP-HP*, n° 208958, Rec. p. 15) ainsi que l'art. 102 de la loi du 4 mars 2002. Voir également l'interprétation de cet article par la jurisprudence CE, 10 octobre 2003, *Tato*, n° 249416, Rec. p. 393. En ce qui concerne la contamination par le virus de l'immunodéficience humaine, voir l'art. L. 3122-2 du code de la santé publique et l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2007 (Cass., 1^{ère} civ., pourvoi n° 06-20575, Bull. n° 397).

330 CE, 19 octobre 2011, *Vidal*, n° 339670, Rec. p. 195 ; CE, 19 octobre 2011, *Barbier*, n° 338686, inédit au Rec.

331 V. également S.-J. Liéber, D. Botteghi, « La réparation des préjudices, un chantier encore ouvert », *AJDA*, 2009, p. 360 et s.

332 Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007.



des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel ». Une telle approche, poste par poste et non plus globale, avait déjà été adoptée par le groupe dirigé par le président Dintilhac, à la demande de la secrétaire d'État aux victimes, qui avait donné pour mission « l'établissement d'une nomenclature des chefs de préjudice corporel cohérente, reposant sur une distinction claire entre les préjudices économiques et non économiques, notamment en ce qui concerne l'incapacité permanente partielle »³³³. Cette nomenclature comportant 29 chefs de préjudice différents a spontanément été adoptée par les juridictions de l'ordre judiciaire, comme nous l'a rappelé ce matin le conseiller doyen Jean Mazars³³⁴.

Le Conseil d'État n'a pas retenu exactement la même approche et il a préféré, par la voie prétorienne³³⁵, retenir une démarche à la fois non exhaustive et plus globalisante. Les mérites respectifs de ces deux approches ont été exposés et discutés lors de la quatrième table ronde au regard des critères suivants : la meilleure protection des victimes ; la simplicité et la lisibilité de la réparation ; l'harmonisation de celle-ci entre juridictions du même ordre ou des deux ordres, judiciaire et administratif ; et enfin l'exercice du contrôle des juridictions d'appel et de cassation. Il convient sans doute qu'après le temps de la jurisprudence et celui de son évaluation, les réformes envisagées sur le sujet aboutissent. A cet égard, je n'en mentionnerai qu'une : l'article 56 de la loi du 10 août 2011, qui a été censuré pour un vice de procédure, proposait que les dommages corporels pour lesquels la victime peut prétendre à indemnisation soient déterminés suivant une nomenclature non limitative de postes de préjudice, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, fixée par décret en Conseil d'État³³⁶.

Les différents préjudices indemnisables ont donc été affinés et sont désormais analysés poste par poste. Même si des divergences subsistent entre les ordres de juridiction, cette évolution constitue une clarification bienvenue pour les victimes. Elle s'est accompagnée d'une modification des modalités de répartition de l'indemnité entre les victimes et les tiers payeurs.

2. La loi déjà mentionnée du 21 décembre 2006 a conduit à un changement fondamental en posant un principe de priorité de la victime par rapport au tiers payeur, qui a eu des conséquences importantes sur les modalités de la réparation. Il a beaucoup été question aujourd'hui, à juste titre, des différences d'approche retenue par les deux ordres de juridiction. Mais je souhaiterais souligner, avant de revenir sur ce point, que si la situation antérieure à 2006 était favorable aux tiers payeurs, celle postérieure à 2006 a inversé le mécanisme au profit des victimes³³⁷.

333 J.-P. Dintilhac, Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, 2005, disponible sur <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>.

334 Comme le soulignent C. Maugué et J.-P. Thiellay, une circulaire du ministère de la justice du 22 février 2007 avait toutefois invité les magistrats de l'ordre judiciaire à se référer à la nomenclature édictée par le groupe de travail dirigé par le président Dintilhac (*op. cit.*, p. 119).

335 CE, 4 juin 2007, *Lagier*, n° 303422, 304214, Rec. p. 228.

336 V. la proposition de loi modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, telle qu'adoptée le 13 juillet 2011 par l'Assemblée nationale, ainsi que la décision n° 2011-640 DC du 4 août 2011 du Conseil constitutionnel.

337 Sur ce point, voir C. Maugué et J.-P. Thiellay, *op. cit.*, p. 156 et s.



La méthode dégagée par le Conseil d'État dans son avis *Lagier* de 2007 consiste à accorder d'abord à la victime, dans le cadre de chaque poste d'indemnisation et dans la limite de l'indemnité mise à la charge du débiteur de la réparation, la somme correspondant à la part des dommages non réparés, puis, le cas échéant, à faire bénéficier le ou les tiers payeurs du solde de l'indemnité³³⁸. La Cour de cassation adopte sur ce point une démarche concordante³³⁹, contribuant ainsi à une meilleure protection des victimes et à une plus grande sécurité juridique des acteurs de la réparation.

L'assiette de la réparation qui a été évoquée lors de la table ronde n° 4 pose en revanche des problèmes qui devront certainement être approfondis et résolus. Se pose en effet la question délicate de la prise en compte, ou non, de certaines prestations légales au titre de la réparation des préjudices patrimoniaux ou des préjudices extrapatrimoniaux, voire des uns et des autres. La jurisprudence du Conseil d'État du 5 mars 2008³⁴⁰ et celle de la Cour de cassation, par plusieurs arrêts rendus en 2009³⁴¹, ne concordent pas sur ce point, la première étant plus favorable à la victime et la seconde, dont j'ai compris qu'elle était critiquée, évitant que la victime puisse recevoir une réparation susceptible d'excéder le montant du préjudice. Cette divergence peut donner lieu à un approfondissement de la réflexion des juges concernés. Mais elle peut aussi appeler une intervention législative, non pas seulement pour régler une différence de jurisprudences, mais pour trancher une question de principe importante pouvant mériter une prise de position de la Représentation nationale. Certaines lois ont dans le passé tiré, de manière moins justifiée, les conséquences pour l'avenir, et même rétroactivement, de l'issue de certaines procédures juridictionnelles.

* * *

Il est maintenant temps de conclure. En écoutant lors de la dernière table ronde le président Gallet parler de l'acte médical invasif, de ses effets parfois malheureux ou funestes sur la santé du patient et des conséquences à en tirer en termes de responsabilité, je repensais au code de Hammourabi non pas écrit, mais gravé il y a 3 800 ans et qui se penche sur les mêmes questions dans des termes un peu différents des nôtres. Je le cite : « *Si un médecin opère un homme pour une blessure grave avec une lancette de bronze et cause la mort de l'homme ou s'il ouvre un abcès à l'œil d'un homme avec une lancette de bronze et détruit l'œil de l'homme, il aura les doigts coupés [ou les mains, selon la traduction retenue]* ». La stèle de basalte que nous pouvons, sinon déchiffrer, du moins admirer au musée du Louvre et qui est un fleuron de la civilisation mésopotamienne montre que le chemin parcouru en matière de responsabilité médicale en près de quatre millénaires est infiniment plus important que celui menant du Louvre au Palais-Royal – un peu plus de cent mètres – mais aussi que le chemin séparant l'Île de la Cité, berceau de premiers palais royaux, au moderne Palais-Royal : en réalité, cette dernière séparation, sans

338 CE, 4 juin 2007, *Lagier*, n° 303422, 304214, Rec. p. 228.

339 Cass., 2^{ème} civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-14515, Bull. n° 227.

340 CE, 5 mars 2008, *Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-Saint-Denis*, n° 272447, Rec. p. 95.

341 Cass., crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-86050, Bull. n° 95 ; Cass., 2^{ème} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-16089, Bull. n° 154 ; Cass., 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 07-20419, Bull. n° 260 et pourvoi n° 08-18755, Bull. n° 260.



avoir été totalement effacée, s'est largement estompée. Il n'y a plus d'opposition entre les deux ordres de juridiction, qui serait incompréhensible pour les patients, les professionnels et les établissements de santé et, plus largement, les citoyens. Il y a entre nous non pas une émulation ou, pire encore, une concurrence, mais bien un dialogue fécond au service de la meilleure qualité de la justice que nous rendons et de l'application fidèle et complète de la loi et, quand sa lettre est peu claire ou difficile à interpréter, de son esprit.

La loi du 4 mars 2002 a été adoptée dans le prolongement de très graves crises sanitaires et dans un contexte de mise en cause croissante de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé. Elle a poursuivi une volonté de refondation du lien unissant les patients aux professionnels et au système de santé et elle y est largement parvenue. De fait, ce texte fondateur a été, avec le recul presque décennal dont nous disposons, une réelle réussite. En établissant un nouvel équilibre entre responsabilité pour faute et sans faute et entre solidarité et responsabilité, en renforçant les droits des malades et des victimes et en clarifiant le droit applicable en matière de réparation, elle a posé les bases du renforcement et, là où c'était nécessaire, de la restauration de la confiance.

Bien des évolutions ou des ajustements, qui ont été envisagés durant ces deux jours, doivent être poursuivis et recherchés pour répondre de manière plus pertinente encore aux questions pratiques, juridiques et éthiques que soulève la relation très spéciale qui unit le patient à son médecin et au système de santé. Je ne doute pas qu'à cet égard, les travaux qui ont été menés au cours de ce colloque soient d'une grande aide. Mais au regard de l'ambitieuse architecture de la loi du 4 mars 2002, il y a plus besoin d'adaptations que de refondation : on ne refonde pas la responsabilité médicale, ses principes et ses modalités essentielles tous les dix ans.

En clôturant ce colloque, je forme le vœu que l'initiative sans précédent qui a été prise conjointement par la Cour de cassation et le Conseil d'État d'organiser un colloque sur la responsabilité médicale ne témoigne pas d'une exception heureuse mais sans lendemain, ne brille pas comme un feu de paille inespéré, aussitôt éteint et jamais rallumé, mais constitue la première manifestation d'un cycle appelé à se prolonger sur des sujets d'intérêt commun, qu'ils soient sectoriels ou transversaux. La santé pourrait ainsi encore nous réunir, dans ses liens avec l'environnement, le travail ou l'alimentation. Mais bien d'autres sujets encore, comme le droit du travail, celui de la protection sociale ou celui de l'environnement, avec les polices et la responsabilité qui lui sont associées. D'autres sujets pourraient aussi nous rassembler, comme notre relation au droit constitutionnel, international et européen deux ans après que la Charte des droits fondamentaux de l'Union est devenue opposable et invocable par les citoyens ; 18 mois après l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité ; quatre jours après l'arrêt du Tribunal des conflits, qui a fait prévaloir le droit de l'Union européenne sur des aspects importants de la séparation des juridictions administratives et judiciaires³⁴² ; et quelques mois peut-être avant l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Sur ces sujets et dans ce contexte, je crois que nos collègues de la Cour de cassation et nous-mêmes avons, sous le regard attentif

342 TC, 17 octobre 2011, *Préfet de la région Bretagne*, n° 3828.



et avec l'éclairage de la doctrine, des professionnels du droit et des représentants des pouvoirs publics comme de la société civile, beaucoup de choses à échanger.

Je vous donne donc rendez-vous pour un prochain colloque dont seuls la date et l'objet restent à préciser.



Santé et justice : quelles responsabilités ?

Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études .

Conception et réalisation :

Jacky Richard, conseiller d'État, président adjoint de la SRE,
Corinne Mathey, secrétaire de la SRE.

Secrétaire de rédaction :

Corinne Mathey.

Coordination du colloque :

Pour le Conseil d'État,

Jacky Richard,

Domitille Duval-Arnould, magistrate chargée des fonctions de maître des requêtes à la 5^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État et à la section du rapport et des études,

le secrétariat de la section du rapport et des études, assisté de Sophie Kamaropoulos, Vassiliki Kapsali et Delphine Leclère, stagiaires.

Pour la Cour de cassation,

Pierre Chevalier, avocat général référendaire à la 1^{ère} chambre civile,

Frédérique Dreifuss-Netter, conseillère à la 1^{ère} chambre civile,

Daphné Bouloc et Virgile Zeimet, stagiaires.

Synthèses de jurisprudence administrative et judiciaire réalisées pour le colloque :

Domitille Duval-Arnould.

Crédits photos, conseil graphique :

Direction de la communication, Conseil d'État.

