

## **UTB Chalon sur Saône – Atelier éthique et société**

### **La responsabilité médicale**

Jean-Paul DAILLOUX – 16 décembre 2013

Sources :

- Mémoire Université PARIS II de Juliette Cotereau : La responsabilité à des fins d'indemnisation et/ou de sanction en matière médicale (juin 2009).
- Terry OSLON : Responsabilité, assurance et solidarité en matière sanitaire (AJDA – Dalloz 2010).
- Actualités juridiques du risque médical (site JURIRISQUES.com).

Il faut distinguer la responsabilité civile à fins de réparation et la responsabilité pénale à fins de sanction.

Toutefois toute victime a le choix, pour obtenir une indemnisation, de la demander aux juridictions civiles, ou de se constituer partie civile devant une juridiction répressive (si une incrimination pénale est envisageable). Souvent une certaine confusion existe dans l'esprit du public.

### **1) Responsabilité civile à fins de réparation :**

Fondements de la responsabilité civile des médecins : responsabilité délictuelle ou contractuelle ?

Dès le XIX<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence a reconnu l'existence d'une responsabilité civile du médecin quasi-délictuelle (art. 1382 Code civil) : Cassation 18 juin 1835. Seule la faute lourde entraînait une responsabilité, à condition qu'il y ait un lien de causalité avec le dommage.

Un arrêt (Mercier) de la Cour de cassation du 20 mai 1936 a transposé cette responsabilité sur le plan contractuel. Le médecin doit donner à son client des soins consciencieux et attentifs, avec le maximum de prudence et de diligence, conformément aux données acquises de la science. Il a une obligation de moyens et non de résultat qu'il ne peut garantir. La faute même légère suffit à entraîner la responsabilité, mais la victime a la charge de la preuve.

Dans tous les domaines (médical ou autre), une responsabilité civile suppose une faute, un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. C'est le principe, on verra qu'il subit des distorsions.

La jurisprudence élargit ainsi la responsabilité médicale à des fins de réparation, avec un arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1969, avec la théorie

de la « perte de chance » qui permet une indemnisation au titre de la responsabilité civile, dans des cas où le préjudice ou le lien de causalité sont incertains.

En principe le dommage pour être réparé doit être personnel, direct et certain. Le dommage seulement éventuel ne donne pas lieu à indemnisation. Cependant la faute professionnelle peut faire perdre une chance au malade, par exemple avec l'apparition d'un risque compromettant ses chances d'éviter une détérioration ultérieure de son état.

Exemple de perte de chance : un avocat chargé d'intenter un recours contre un jugement, laisse passer le délai. Il n'est pas sûr que son client aurait gagné son procès en appel, mais il a perdu une chance. Celle-ci pour être indemnisée doit être sérieuse et réelle et non hypothétique. Contrairement au principe de réparation intégrale, l'indemnisation sera partielle, proportionnelle à la probabilité de réalisation de la chance.

Dans le domaine médical, la perte de chance est admise par les juridictions civiles, mais non par les juridictions pénales qui statuent sur des infractions d'homicide ou de blessures par imprudence. Elles ne peuvent indemniser que le décès ou les blessures (éléments de l'incrimination) et non la perte d'une chance de survie ou de guérison.

La jurisprudence civile va jusqu'à indemniser cette perte de chance, même s'il n'y a pas de lien de causalité prouvé entre le décès et la faute médicale. Le but est de fournir à tout prix une indemnisation à la victime ou à ses proches.

Avec ce même objectif d'indemnisation, la jurisprudence met en exergue « l'obligation d'information » du médecin. La responsabilité d'un accident médical, s'il ne peut être attribué à une faute caractérisée, est reportée sur le défaut d'information préalable du patient. L'article 35 du Code de déontologie médicale : Le médecin doit au malade une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose.

Le médecin est tenu d'obtenir le « consentement éclairé » de son patient, ce qui suppose une information sur tous les risques prévisibles, qu'ils soient habituels ou même rares. Ceux-ci n'apparaissent parfois qu'a posteriori, d'où une certaine insécurité juridique.

Sur la charge de la preuve d'une faute, elle incombait au patient selon une jurisprudence de 1951. Mais en 1997 la Cour de cassation opéra un revirement de jurisprudence, mettant la preuve à la charge du praticien, en présumant que l'information adéquate n'avait pas été donnée. Ce renversement de la charge de la preuve a été confirmé par la loi du 4 mars 2002. D'où la pratique qui s'est répandue chez les chirurgiens de faire signer des « reconnaissances de conseil donné ». Il ne peut s'agir de « décharges de responsabilité », car selon un arrêt du 3 juin 2010, l'obligation d'information génère une responsabilité quasi-délictuelle et non contractuelle.

Toujours à des fins d'indemnisation, la jurisprudence a élargi la notion de faute. L'arrêt MERCIER avait posé le principe d'une obligation contractuelle de soins « consciencieux, attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science ». Il en résultait une obligation de diligence et de prudence, mais non une obligation de résultat. On se référait au modèle du bon professionnel normalement diligent.

Mais l'appréciation de la faute médicale devient de plus en plus sévère, exigeant des praticiens des soins de très haute qualité. La simple maladresse est constitutive de faute. A partir du moment où il y a un dommage, le médecin doit démontrer que celui-ci était inévitable.

La jurisprudence du Conseil d'Etat va franchir la limite de la responsabilité sans faute dans deux cas.

Le premier est l'application de la théorie du risque créé se substituant à la faute, en cas d'utilisation d'une thérapeutique nouvelle lorsqu'elle ne s'impose pas pour des raisons vitales. Les complications non maîtrisées seront génératrices de responsabilité.

Le deuxième résulte d'un arrêt du Conseil d'Etat du 9 avril 1993 (Bianchi). Une tétraplégie consécutive à une artériographie vertébrale ayant libéré un petit caillot, ne résultait pas d'une faute mais constituait un risque inhérent à ce genre d'examen. Cela relève de l'aléa thérapeutique. Pourtant le Conseil d'Etat va estimer que la responsabilité du Service public hospitalier est engagée, par le seul fait que l'exécution de cet acte (sans faute prouvée) est la cause du dommage.

D'autres arrêts vont dans le même sens, dont un arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 2000, confirmant la responsabilité de l'hôpital, dans un cas où la paraplégie n'était pas imputable à une erreur dans la conduite de l'opération d'une scoliose, mais à une malformation vasculaire congénitale qu'aucune raison ne permettait au chirurgien de suspecter.

La Cour de cassation a toujours refusé d'entériner cette responsabilité sans faute admise par le Conseil d'Etat.

On en vient au cas des infections nosocomiales. Deux arrêts de la Cour de cassation du 21 mai 1996 et du 16 juin 1998 présument qu'une clinique est responsable, sauf à prouver qu'elle n'a commis aucune faute. Trois arrêts du 29 juin 1999 (staphylocoques dorés) vont plus loin, exigeant la preuve d'une cause étrangère pour s'exonérer de cette responsabilité. Or, la preuve de la cause étrangère, c'est-à-dire d'une force majeure imprévisible et irrésistible, est presque impossible.

En février 2001, un arrêt a indiqué que le médecin avait une obligation de résultat en matière d'infections nosocomiales. C'est une dérive en matière de responsabilité civile professionnelle. Il faut indemniser à tout prix celui qui subit un dommage même sans faute.

On atteint les limites de cette évolution avec l'arrêt Perruche qui a fait couler beaucoup d'encre. On a franchi un pas de plus dans la dénaturation du droit de la responsabilité civile, au-delà du débat éthique qui a pu s'instaurer.

Il s'agissait d'un enfant né avec un handicap, en raison d'une rubéole contractée par sa mère pendant la grossesse. Deux tests sur cette contamination, le premier négatif et le second positif, sont à tort interprétés par le médecin comme ne révélant aucun danger. L'enfant naît avec des troubles neurologiques, sans qu'il ait été proposé une IVG à sa mère.

Dans un tel cas, les parents peuvent être indemnisés pour les charges qu'ils subissent au fil de la vie de l'enfant handicapé. Mais ici ils voulurent agir au nom de leur enfant pour un préjudice propre à celui-ci, assignant le médecin, le laboratoire et les assureurs. Un premier arrêt de la Cour de cassation en 1996 estime que les fautes commises ont induit en erreur la mère qui se croyait immunisée et n'a pas demandé d'IVG, donc qu'elles sont génératrices du dommage subi par l'enfant. La Cour d'appel d'Orléans, sur renvoi après cassation, décide en sens inverse. Un nouveau pourvoi est formé.

La Cour de cassation en Assemblée plénière rend un arrêt du 17 novembre 2000 qui casse celui d'Orléans, au motif suivant : « Dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Madame Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse et ce afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues. »

Cet arrêt provoqua un tollé dans l'opinion publique, en ce qu'il retient comme constitutif d'un préjudice le fait d'être né. On ne s'attardera pas sur ce débat, ni sur les considérations d'ordre moral avancées.

De nombreux juristes furent encore plus critiques, dans la mesure où le handicap de l'enfant résultait de la maladie contractée par sa mère et non de l'erreur de diagnostic du médecin qui avait seulement causé une erreur d'appréciation sur l'opportunité d'une IVG. La question du lien de causalité entre faute et préjudice fut âprement discutée. On opposa les théories de la causalité adéquate et de l'équivalence des conditions... je ne m'attarderai pas.

On se demanda si cette jurisprudence n'encourageait pas l'eugénisme, ou s'il ne fallait pas craindre à l'avenir une action en responsabilité de l'enfant handicapé contre ses parents, alors que l'avortement est pour la mère une simple faculté.

De manière plus concrète, cette extension de la responsabilité médicale pouvait rendre le risque inassurable. D'ailleurs plusieurs assureurs ont décidé de résilier leurs contrats et de se retirer du marché des gynécologues-obstétriciens. L'assurance des médecins et chirurgiens étant obligatoire, cela pouvait paralyser complètement l'activité médicale qui ne peut supporter une multiplication à l'infini des primes d'assurance.

On verra que la loi Kouchner du 4 mars 2002 comporte un volet qui a été qualifié d'anti-Perruche.

## **2) Responsabilité pénale à fins de sanction :**

Les professionnels de santé interviennent dans un domaine très exposé à la sanction pénale, avec la qualification de blessures ou homicide involontaires. Il existe aussi une tendance générale des personnes qui subissent un dommage à vouloir non seulement une indemnisation, mais aussi une punition, dans la mesure où ils souffrent dans leur corps et pas seulement dans leur portefeuille. Pour les victimes, il faut non seulement un responsable, mais un coupable. Les médias, au lieu de jouer un rôle pédagogique, entretiennent une grande confusion dans l'esprit public.

Pour l'activité médicale, on relève trois types de fautes pénales punissables : faute de diagnostic, faute technique, faute de surveillance ou d'organisation.

L'erreur de diagnostic ou sa tardiveté ne sont pas en soi des fautes pénales punissables. Elles ne le deviennent qu'en cas de négligence grave.

La faute technique punissable est constituée par l'imprudence, par la négligence ou par la maladresse du geste accompli par le praticien. Exemple d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 2001 : l'utilisation maladroite et fatale des forceps par un obstétricien.

La faute due au défaut de surveillance ou d'organisation, est recherchée lorsqu'interviennent plusieurs membres d'une équipe, le chirurgien et l'anesthésiste. La Cour de cassation (assemblée plénière), par arrêt du 30 mai 1986 (affaire Sarrazin) énonce ainsi que si la surveillance postopératoire incombe à l'anesthésiste, il est fautif pour le chirurgien d'avoir quitté la clinique sans vérifier que son patient restait sous la surveillance d'une personne qualifiée.

On classifie les fautes suivant leur gravité. La faute simple d'imprudence ou de négligence n'est punissable que si elle a une certaine gravité, lorsqu'il s'agit d'un délit non intentionnel.

La violation délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité s'apparente à l'incrimination pénale de mise en danger délibérée de la vie d'autrui. Mais s'il y a dommage corporel, seul le délit d'homicide ou de blessures involontaires pourra être retenu. Il est tenu compte du fait que le praticien expose son patient à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer.

L'appréciation de la faute punissable peut se faire in abstracto ou in concreto. La première méthode prend comme référence ce qu'aurait fait un bon

professionnel dans la moyenne de la pratique. La seconde prend en considération la psychologie de l'individu pour rechercher l'élément moral de l'infraction.

La loi du 10 juillet 2000 met fin à une présomption de culpabilité en chargeant le Parquet d'établir l'absence de diligences normales par le médecin. Il faut distinguer la faute pénale d'imprudence et la faute civile d'imprudence. La faute civile peut être retenue même si elle est légère, la faute pénale doit présenter une certaine gravité.

Pour la faute pénale appréciée in concreto, il faut constater un élément matériel et un élément moral. Celui-ci peut être défini non par l'intention de nuire, puisqu'il s'agit de délits non intentionnels, mais par l'indifférence blâmable aux valeurs sociales et en particulier à l'intégrité physique d'autrui.

Quant au dommage physique subi par la victime, il doit avoir un lien de causalité certain avec la faute incriminée. En matière pénale, la perte de chance n'est pas suffisante pour caractériser ce lien de causalité. La difficulté vient de ce que la médecine est une science qui se crée sur des probabilités, alors que la légalité des délits et des peines ne peut se fonder que sur des certitudes.

La question du lien de causalité entre faute et dommage fut posée pour l'affaire de l'hormone de croissance, où des enfants ont contracté la maladie de Creutzfeldt-Jacob à la suite d'un traitement.

Bien entendu il existent aussi des infractions volontaires en matière médicale, mais elles sont beaucoup plus rares.

L'article 223-6 du Code pénal sanctionne la non-assistance à personne en péril avec cinq ans d'emprisonnement et 75.000 € d'amende. Ce délit, constitué dès lors qu'on ne prête pas secours à une personne en péril grave, est instantané, consommé au moment et à l'endroit où l'auteur manifeste, par son comportement, sa volonté de ne pas remplir son obligation d'intervenir immédiatement.

Pour le médecin existe, selon un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1999, une présomption de connaissance du péril, l'absence fautive de conscience étant assimilé à une négligence.

Le seul cas d'exonération est celui où le malade refuse les soins en connaissance de cause, car on doit respecter sa volonté.

En résumé la loi du 10 juillet 2000 a permis de dissocier plus clairement faute pénale et faute civile. Lorsque la faute pénale d'une particulière gravité n'est pas retenue, cela n'empêche pas d'agir en responsabilité civile pour obtenir une indemnisation. Cela devrait enrayer la dérive du tout répressif.

### **3) Loi du 4 mars 2002 :**

Pour revenir à l'évolution de la jurisprudence civile, celle-ci a transformé peu ou prou l'obligation de moyens du médecin en obligation de résultat. Le Conseil d'Etat est allé jusqu'à consacrer une responsabilité sans faute. Ces

tendances dénaturaient le droit de la responsabilité civile. L'opinion publique est devenue de plus en plus exigeante à l'égard du corps médical, alors que pourtant la science et la pratique faisaient d'énormes progrès. Tout accident est devenu scandale, alors qu'aucune activité humaine n'est parfaite par définition.

Au-delà de l'aspect moral de cette évolution, il est devenu de plus en plus difficile de financer les indemnisations accordées par les tribunaux, chaque fois qu'il y a un dommage, même si la faute médicale n'est pas évidente. Pour satisfaire l'opinion publique, aucune victime ne doit rester sans indemnisation. Or ce choix de société est hors de portée des mécanismes classiques de l'assurance responsabilité et provoque un envol des primes d'assurance à un niveau prohibitif pour les professionnels de la santé.

Cette évolution de la jurisprudence a provoqué une crise majeure, dans la mesure où les assureurs ont résilié massivement les contrats pour ce type de risques. Dans les spécialités les plus exposées (anesthésistes, obstétriciens), il devenait impossible de trouver un assureur. Les spécialistes concernés menaçaient d'arrêter leur activité. Une augmentation générale de la sécurité ne pouvait être financée que par la solidarité nationale.

Pour régler cette crise, le législateur est intervenu avec la loi du 4 mars 2002. Les deux principes généraux qui sont mis en œuvre sont le retour à la responsabilité pour faute, et le passage de la responsabilité à la solidarité pour les dommages dépassant ce cadre, pour trouver un nouvel équilibre entre les intérêts des victimes et celles du corps médical.

La loi réintroduit la notion de faute comme fait générateur unique de la responsabilité médicale. C'est ce qu'affirme l'article L 1142-1 I° du Code de la santé publique. Faute de définition spécifique de la faute dans le texte, il faut toutefois s'en référer à la jurisprudence antérieure. Le débat sur l'obligation de moyens ou l'obligation de résultat n'est pas tranché. Toutefois la responsabilité sans faute, selon l'arrêt Bianchi du Conseil d'Etat semble désormais exclue, du moins pour les professionnels libéraux.

Pour les Etablissements de santé, la loi consacre la jurisprudence sur les infections nosocomiales. La victime est dispensée de prouver la faute, et les établissements ne peuvent s'exonérer qu'en prouvant une cause étrangère. Mais cela ne concerne plus les professionnels libéraux.

Cette même loi du 4 mars 2002 s'oppose à la jurisprudence « Perruche » en énonçant qu'il n'est pas possible d'être indemnisé pour le préjudice d'être né. Cela pose d'autres problèmes d'application rétroactive aux enfants nés avant la loi, ce qui valut à la France une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. En définitive elle n'est applicable que pour les naissances postérieures à sa mise en vigueur.

La loi du 4 mars 2002 généralise aussi l'obligation d'assurance responsabilité pour tous les professionnels de santé. Elle institue des Commissions

régionales de conciliation et d'indemnisation pour favoriser les solutions amiables entre les malades et les assureurs.

Pour ce qui concerne l'aléa thérapeutique, on passe du champ de la responsabilité à celui de la solidarité nationale.

Il s'agit de risques sanitaires qui sont dans le champ de l'imprévisible, où le dommage corporel n'est imputable ni à une faute du professionnel de santé, ni à l'état initial du patient et à son évolution endogène. Dans toute intervention, il y a une part d'aléa que le médecin ne peut contrôler. Le risque zéro n'existe pas.

Il y avait des divergences de jurisprudence concernant la prise en charge de cet aléa thérapeutique. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt Smatt du 15 janvier 1999, mettait cet aléa à la charge du médecin au nom d'une obligation de sécurité, même en l'absence de faute. La Cour de cassation, par arrêt du 8 novembre 2000, prenait le contrepied, en affirmant que 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.

La réforme de 2002 introduit un article L 1141-1 I° du Code de la santé publique, aux termes duquel un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvrent droit à la réparation des préjudices du patient 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.

Les conséquences de l'aléa thérapeutique ne sont d'ailleurs indemnisées que si ces conséquences présentent un degré de gravité. Le décret du 4 avril 2003 fixe à 24% le taux d'incapacité minimum pour entrer dans ce cadre, ou une incapacité d'une durée minimale de six mois.

Ce seuil a été critiqué, dans la mesure où il instaure une règle du « tout ou rien ». Suivant que les seuils sont ou non atteints, le malade sera totalement ou pas du tout indemnisé.

Il est créé un Office national d'indemnisation des accidents médicaux, établissement public de l'Etat, dont le financement est assuré par une dotation globale fixé par la loi de financement de la Sécurité sociale. Il s'agit d'un fonds de garantie qui intervient : en cas d'absence d'assurance, ou lorsque les plafonds d'assurance sont dépassés, ou en cas de silence ou de refus explicite de l'assureur de faire une offre d'indemnisation. Dans ce dernier cas il exerce si cela est justifié un recours contre l'assureur, par subrogation dans les droits de la victime.

Le même Office procède à l'indemnisation, au nom de la solidarité nationale, des victimes d'un aléa thérapeutique, en l'absence de toute responsabilité d'un professionnel de santé : vaccinations, transfusions, etc. Mais l'absence de faute implique une indemnisation forfaitaire, différente de la réparation intégrale résultant des principes de la responsabilité civile.



En brève conclusion, on remarquera que la médecine subit les conséquences de ses succès. Ceux-ci nourrissent chez les patients le sentiment d'un quasi-droit à la guérison. Le secteur de la santé n'échappe pas au mouvement général de la société qui conduit, au moindre dysfonctionnement à rechercher un responsable, et si possible un coupable. L'exercice atteignait toutefois ses limites avec l'envolée des primes d'assurance (de l'ordre de 15.000 € par an pour un gynécologue), ou même l'impossibilité de trouver une assurance.

La loi du 4 mars 2002 a permis de retrouver un point d'équilibre, et d'apaiser provisoirement les polémiques. Mais cet équilibre reste fragile et soumis aux incertitudes de financement de toute action de solidarité, surtout en l'état actuel des finances publiques.