



HAL
open science

La responsabilité médicale en droit public libanais et français

Ahmad Issa

► **To cite this version:**

Ahmad Issa. La responsabilité médicale en droit public libanais et français. Droit. Université de Grenoble; Université Libanaise, 2012. Français. NNT : 2012GREND003 . tel-00831491

HAL Id: tel-00831491

<https://theses.hal.science/tel-00831491v1>

Submitted on 7 Jun 2013

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

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



UNIVERSITÉ DE
GRENOBLE

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

préparée dans le cadre d'une cotutelle entre
l'Université de Grenoble et l'Université Libanaise

Spécialité : **Droit Public**

Arrêté ministériel : le 6 janvier 2005 -7 août 2006

Présentée par **Ahmad ISSA**

Thèse codirigée par **Marcel-René TERCINET** et **Fawzat FARHAT**

préparée au sein de l'École Doctorale de Sciences Juridiques de Grenoble et l'École Doctorale de Droit et des Sciences Politiques, Administratives et Économiques de Beyrouth

La responsabilité médicale en droit public libanais et français

Thèse soutenue publiquement à Beyrouth le **6 décembre 2012**,
devant le jury composé de :

Monsieur Marcel-René TERCINET

Professeur à l'Université de Grenoble, Co-directeur

Monsieur Fawzat FARHAT

Professeur à l'Université Libanaise, Co-directeur

Monsieur Gilles LEBRETON

Professeur à l'Université du Havre, Rapporteur

Monsieur Georges SAAD

Professeur à l'Université Libanaise, Président

Monsieur Rami SAYADI

Maître de Conférences à l'Université Libanaise, Membre

*Université Joseph Fourier / Université Pierre Mendès France /
Université Stendhal / Université de Savoie / Grenoble INP*



Remerciements

J'adresse tous mes remerciements à Messieurs les professeurs Marcel-René TERCINET et Fawzat FARHAT pour m'avoir accordé leur confiance, pour leur soutien et leurs conseils avisés.

Je souhaite également remercier les personnes qui m'ont apporté leur aide précieuse et témoigné de leur sympathie : Mme la Doyenne Laïla SAADÉ, Mme Carole SOUWEINE et Mme Hafida BELRHALI-BERNARD.

Mes pensées reconnaissantes vont à mes parents pour leurs encouragements permanents.

Liste des abréviations

aff. : Affirmation

AJDA : Actualité Juridique de Droit Administratif

AP-HP : Assistance Publique-Hôpitaux de Paris

Art. : Article

Ass. : Association

ass. : Assemblée

Bibl. : Bibliothèque

Bull. : Bulletin

CA : Cour d'Appel

CAA : Cour Administrative d'Appel

CADA : La Commission d'Accès aux Documents Administratifs

Cass. : Cour de cassation

C. assises : Cour d'assises

CC : Conseil Constitutionnel

CDM : Code de Déontologie Médicale

CE : Conseil d'État français

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

CH : Centre Hospitalier

CHG : Centre Hospitalier Général

CHR : Centre Hospitalier Régional

Chron. : Chronique

CHRU : Centre Hospitalier Régional Universitaire

CHU : Centre Hospitalier Universitaire

Cie : Compagnie

civ. : Civil

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CNAMéd : La Commission Nationale des Accidents Médicaux

COC : Code des Obligations et des Contrats

Coll. : Collection
comm. : Commentaire
Concl. : Conclusion
CPAM : Caisse Primaire d'Assurance Maladie
CRAMIF : Caisse Régionale d'Assurance Maladie d'Île-de-France
CRCI : Commission Régional de Conciliation et d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales
crim. : Criminel
CSPF : Code de la Santé Publique Français
CSSF : Code de la Sécurité Sociale Français
D. : Recueil Dalloz
DC : Décision du Conseil constitutionnel
Dir. : Direction
doc. : Documents
éd. : Édition
EDCE : Études et Documents du Conseil d'État
éd. G. : Édition Générale
EFS : Établissement Français du Sang
GADS : Les Grands Arrêts du Droit de la Santé
GAJA : Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
GDCC : les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel
gr. ch. : Grande chambre
IPP: Incapacité Partielle Permanente
IR: Informations Rapides
ITT: Incapacité Totale Temporaire
JCP : Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique)
JCPA : La semaine juridique administration et collectivités territoriales
JO : Journal Officiel
JOAN : Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
LEH : Les Études Hospitalières
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches
Obs. : Observation

ONIAM : Office National des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales

op. cit. : Ouvrage précédemment cité

Plén. : Plénière

PUAM : Presse Universitaire d'Aix-Marseille

PUF : Presse Universitaire de la France

PUM : Presse Universitaire de Marseille

QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité

RCA : Responsabilité Civile et Assurances

RDA : Revue de Droit Administratif

RDP : Revue de Droit Public et de science politique

RDSS : Revue de Droit Sanitaire et Social

Rec. CE : Recueil des décisions du Conseil d'État

Rev. : Revue

RFDA : Revue Française de Droit Administratif

RGDM : Revue Générale de Droit Médical

RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé

RTD civ. : Revue Trimestrielle de Droit civil

sc. crim. : Revue Sciences Criminelles

sect. : Section contentieux

sem. : Semestre

soc. : Social

somm. : Sommaire

Sté : Société

TA : Tribunal Administratif

TC : Tribunal des Conflits

TGI : Tribunal de Grande Instance

Trib. : Tribunal

VHA : Hépatite A

VHB : Hépatite B

VHC : Hépatite C

VIH : Virus de l'immunodéficience humaine

Sommaire

Introduction

Première partie : L'affirmation progressive de la responsabilité médicale en droit public

Titre I : Délimitation de la responsabilité médicale en droit public

Chapitre I : La responsabilité du service public hospitalier : une responsabilité administrative spécifique

Chapitre II : Les phénomènes de l'affaiblissement de spécificité de la responsabilité hospitalière publique

Titre II : Une responsabilité médicale en voie de retrouver un équilibre malmené

Chapitre I : Un équilibre fondé sur une éthique renforcée

Chapitre II : Un équilibre basé sur un pragmatisme bénéfique

Deuxième partie : Les perspectives d'une indemnisation des préjudices médicaux hors l'institution de la responsabilité médicale

Titre I : Les fondements de la responsabilité médicale en droit public

Chapitre I : Le fondement principal, une faute médicale

Chapitre II : Les exceptions au fondement principal

Titre II : Un déplacement progressif du pôle de la responsabilité au pôle de l'indemnisation

Chapitre I : L'expertise médicale

Chapitre II : L'objectif d'une indemnisation intégrale des préjudices médicaux

Conclusion

« Les hôpitaux sont en quelque sorte la mesure de la civilisation d'un peuple »

Professeur Jacques René TENON

Introduction

Depuis l'antiquité, la question de la responsabilité médicale a été posée avant de prendre une ampleur accrue dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle. Jadis, la profession de la médecine était une profession noble, avec des moyens faibles, un savoir limité et un savoir-faire quasi primitif. La relation entre le médecin et son malade reposait sur la confiance et la résignation. Les tribunaux ne condamnaient les médecins que très rarement. Dans ce contexte, il nous paraît utile d'aborder l'historique de l'art de guérir dans l'optique du droit public c'est-à-dire le service public hospitalier.

D'abord, depuis les premières institutions hospitalières en France, l'Hôtel-Dieu de Lyon fondé en 549 et l'Hôtel-Dieu de Paris en 651, jusqu'au XIX^{ème} siècle, l'activité des établissements hospitaliers s'est caractérisée par sa gratuité, par sa simple médicalisation et par une mission d'accueil des personnes indigentes. De même pour le Liban, depuis l'empire ottoman au XIII^{ème} siècle, les établissements publics de santé avaient été élaborés pour accueillir les malades et les vieillards indigents. Pendant la période de l'État du Grand Liban, un arrêté, signé par le gouverneur du Grand Liban le 10 décembre 1920, précise les conditions d'admission des malades dans les hôpitaux gouvernementaux. Celui-ci prévoit dans son article premier que « les malades nationaux ou les vieillards sont inadmissibles dans les hôpitaux sanitaires ou dans les établissements de secours public sauf s'ils déposent une carte d'état civil et une attestation d'indigence [...] ». C'était avant qu'un décret n° 16662 du 18/6/1964 modifié par le décret n° 325 du 4/1/1971 abandonne la condition d'attestation d'indigence pour qu'un malade soit accueilli dans les hôpitaux gouvernementaux.

Au XIV^{ème} siècle, les ordres religieux français ont été à l'origine de la plupart des établissements de soins, nommés à l'époque « maisons d'hospitalités », et qui en ont assuré la

gestion. Au XVI^{ème} siècle, le pouvoir royal a cherché à développer son emprise sur les établissements hospitaliers. En 1543, les « lettrés royaux » reconnaissent officiellement que les officiers royaux sont investis de la haute administration hospitalière¹. En 1662, Louis XIV demande la création, dans chaque ville importante du royaume, d'un hôtel-Dieu et d'un hospice pour y recevoir et y aider les pauvres, vieillards et enfants orphelins dans un but d'ordre public. Avec la révolution française, les biens hospitaliers deviennent propriété nationale. Mais cette situation ne va pas durer longtemps. Le Directoire rétablit en 1795 confia à des organismes locaux la direction et le financement des établissements hospitaliers². Ce n'est pas le cas au Liban.

Au Liban, les établissements publics de santé sont restés, jusqu'à 1978, gérés par l'État sans que ceux-ci possèdent la personnalité morale et l'autonomie financière et administrative. Une loi portant réforme aux hôpitaux gouvernementaux prise en œuvre par un décret n° 1536 du 25/11/1978 a créé un établissement public dans chaque département pour gérer les hôpitaux publics implantés dans celui-ci. Plus récemment la loi n° 544 promulguée le 24/7/1996 modifiée par la loi n° 602 du 28/ 2/ 1997 relative à la création des établissements publics pour gérer les hôpitaux du ministère de la santé publique prévoit la possibilité de création d'un établissement public pour chaque hôpital parmi les hôpitaux du ministère de la santé publique pour prendre en charge.

Ensuite, c'est à la fin du XIX^{ème} siècle, que l'hôpital public français s'est ouvert à d'autres catégories de malades bénéficiaires des lois sociales. Plus tard, les missions des hôpitaux publics français ont connu une évolution rapide et remarquable. Ceux-ci sont devenus, pour l'essentiel, des établissements de soins et de diagnostic accueillant les malades, les blessés et les femmes enceintes. Deux facteurs principaux sont à l'origine de ces mutations en France comme au Liban : 1- les lois créant puis étendant les assurances sociales. 2- le progrès des techniques médicales qui a bien développé la qualité et la spécialisation des soins administrés à l'hôpital.

Ces mêmes facteurs expliquent le développement parallèle de l'hospitalisation privée à but lucratif au cours du XX^{ème} siècle. Ceci a été la conséquence de la demande de la clientèle

¹ CLÉMENT Jean-Marie et CLÉMENT Cyril, *Cours de droit hospitalier*, tome 2, 3^{ème} éd., Bordeaux : LEH, 2004, p. 284.

² « *Histoire des hôpitaux : La révolution II* », www.lemonde.fr, 26 février 2009.

aisée et soucieuse d'être accueillie dans de bonnes conditions de confort. Les médecins des hôpitaux publics qui y exerçaient à temps partiel pour une rémunération symbolique étaient par ailleurs enclins à créer des cliniques privées.

Auparavant, inspirées par Robert Debré³, les réformes hospitalières successives en France ont progressivement organisé l'hôpital public en créant les centres hospitaliers universitaires en 1958 pour exécuter le service public hospitalier. Puis, c'est la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 dite loi Boulin qui a institué un service public hospitalier auquel peuvent participer, sous certaines conditions, les établissements d'hospitalisation privées. Cette même loi a organisé une planification hospitalière fondée sur le principe de complémentarité des équipements hospitaliers publics et privés. Puis, plusieurs lois ont été promulguées pour instaurer la coopération des établissements de soins, publics et privés, dans l'exécution du service public hospitalier. Dernière illustration, c'est la loi française du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. L'évolution législative a progressivement soumis les hôpitaux, publics et privés, à un ensemble de règles communes tout en conservant leurs identités distinctes.

À notre époque, la médecine contemporaine est caractérisée par son efficacité. Le progrès médical, en avancée constante, se traduit aujourd'hui par le développement des connaissances et des technologies médicales : progression des méthodes d'exploration, des indications thérapeutiques ou opérations avec en corollaire une augmentation considérable des prises de risque associées à l'esprit d'initiative des médecins. Le médecin ou le biologiste ne se bornent plus seulement à soigner ou à prévenir les maladies mais entreprennent de répondre à une demande médicale de plus en plus pressante, à certaines convenances ou désirs de confort soit en modifiant certaines caractéristiques naturelles du sujet (chirurgie esthétique) ou en palliant la défaillance d'une fonction naturelle (procréation assistée) ou en s'y substituant (contraception médicale).

Les patients ont donc de plus en plus une exigence de solution à tous leurs problèmes ainsi posés, sans admettre parfois que l'efficacité de la médecine contemporaine reste accompagnée par d'autres éléments tels la dangerosité et la complexité. L'efficacité que des nouveaux médicaments n'est pas toujours sans effets secondaires et va de pair avec leur dangerosité.

³ Ordonnance n° 58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, www.chu-nantes.fr.

L'efficacité des techniques instrumentales nécessite l'utilisation d'un appareillage sophistiqué dont le contrôle est souvent extrêmement complexe et qui expose le patient à un danger accru.

Dans ce contexte, où le patient ne comprend pas toujours ou se refuse de comprendre les limites de la technique médicale, il n'est pas étonnant que le contentieux de la responsabilité médicale ait augmenté de manière manifeste. Or, ce n'est pas le cas au Liban contrairement à celui de la France. L'exigence des malades et la généralisation des assurances, liées indirectement au progrès médical entraînent alors l'accroissement du nombre de procès en France contre les médecins. Avec l'existence de l'assurance professionnelle des médecins, les tribunaux eux-mêmes facilitent la tâche des patients et sont incités à condamner l'auteur de l'infraction à verser une indemnité au patient.

Le Liban n'est pas à l'écart des progrès des techniques médicales qui se multiplient à compter du milieu du XX^{ème} siècle. Il est avéré que le niveau du service médical que la médecine libanaise procure, en adoptant les normes thérapeutiques internationales, est le meilleur dans la région et parmi plusieurs pays avancés. Cependant, le progrès scientifique ne s'est pas accompagné d'un accroissement considérable des cas de mise en cause des médecins ou du service public hospitalier. Il faut souligner, à cet égard, l'absence de toute assurance professionnelle des médecins. Cet obstacle ne facilite pas le juge pour indemniser la victime de l'acte médical et n'encourage pas celle-ci à tenter d'en profiter. Mais cela n'empêche pas que la victime peut se servir des divers ordres de juridictions pour réclamer justice à la lumière des lois et règlements en vigueur.

Dans le côté français, aussi bien sur le plan théorique que sur le plan pratique, l'activité médicale a provoqué, depuis le vote de la loi du 31 décembre 1970, une prolifération d'études sur les différents aspects de ce secteur si important de l'activité médicale, qu'il s'agisse d'analyses sur l'organisation et le fonctionnement des établissements, qu'il s'agisse d'appréciations sur la mise en place d'une politique hospitalière et d'une planification des équipements, ou qu'il s'agisse, enfin, d'études sur le développement du contentieux et la mise en œuvre de la responsabilité hospitalière.

Cet intérêt de la doctrine juridique dont nous faisons part pour la responsabilité de l'activité médicale et hospitalière se comprend de mieux en mieux, compte tenu de l'importance pratique considérable prise par le secteur sanitaire à l'époque actuelle, en

France, comme en d'autres pays. Importance pratique qui s'apprécie à de multiples égards. Tout d'abord, sur le plan fonctionnel, à savoir la finalité même de l'activité en cause, consistant à préserver ou améliorer la santé de tous les individus. Importance aussi sur le plan quantitatif, s'agissant d'une activité qui concerne des millions de personnes chaque année. Importance encore sur le plan qualitatif, par les exigences des compétences humaines et la complexité des plateaux techniques, comme aussi par les contraintes particulières d'une activité souvent fondée sur l'urgence, la rapidité et la permanence. D'un point de vue plus particulier, importance enfin, sur le plan strictement humain, dans une activité qui place l'utilisateur du service public hospitalier, inquiet ou souffrant, dans une dépendance quasi totale à l'égard du service et des personnels.

Parmi tous les problèmes examinés par les auteurs, on retiendra, dans cette thèse, l'une des questions les plus difficiles à traiter pour le juge en ce domaine, à savoir le problème de la responsabilité en matière hospitalière. Problème toujours grave dans une activité fréquemment aléatoire, suscitant des dysfonctionnements ou des accidents aux conséquences souvent dramatiques pour les victimes. Problème toujours délicat, en fonction du fondement de la responsabilité et de l'ordre de juridiction compétent, variable selon les établissements de santé, hôpitaux publics ou cliniques privées.

De manière liminaire, il faut rappeler que, pour des raisons historiques et culturelles, le droit administratif libanais reste fortement influencé par le droit administratif français, aussi bien au niveau législatif qu'au niveau jurisprudentiel ; la juridiction administrative libanaise n'hésite pas à s'appuyer sur la jurisprudence et la doctrine françaises, qu'elle cite parfois dans le texte même de ses décisions.

Mais la force d'attraction exercée par le droit français reste décalée dans ses résultats. Si au Liban, le « mur de silence » qui empêche la poursuite efficace des responsables des actes médicaux et dont il a été très fréquemment question en France s'est légèrement fissuré, le chemin qui reste à parcourir est encore long, aussi bien au niveau de la réparation des dommages causés à la victime par un acte médical fautif, qu'au niveau du raisonnement juridique.

En effet, au niveau de la réparation, il ne suffit pas d'engager la responsabilité de l'auteur d'un acte médical, encore faut-il réellement dédommager la victime ou ses héritiers. Sans

verser dans la « dérive américaine », force est de constater que les magistrats libanais ne retiennent qu'assez rarement la responsabilité médicale, et que lorsqu'ils le font, ils ordonnent des réparations dont les montants ne sont pas réellement en rapport avec l'importance du dommage causé. Pour ne citer qu'un exemple, faute d'une décision de la juridiction administrative libanaise, signalons cette décision du juge unique de Beyrouth du 10 novembre 1998⁴. Les héritiers d'un patient décédé assignèrent l'hôpital de l'UAB⁵ et le médecin traitant pour une erreur dans le diagnostic qui a conduit à une intervention chirurgicale inutile et fatale. Le médecin avait constaté une tumeur suspecte, et sur cette base a traité le patient contre le cancer : intervention chirurgicale pour ablation d'organes situés dans la cavité abdominale. Le patient décéda ultérieurement. Un examen des tissus prélevés avant l'intervention et des organes enlevés durant l'opération ont montré que la tumeur n'était pas cancéreuse. Ayant considéré qu'il y a eu « précipitation » dans la décision du traitement et que le diagnostic ayant servi de fondement à l'intervention a été rendu sur base d'un examen ne reposant pas sur des techniques modernes pour le justifier, le juge retient la faute du médecin et le condamna, en 1998, à verser aux héritiers ... 5 millions de livres libanaises⁶ !

Qu'en est-il de la sécurité des patients au Liban ?

Cette inquiétude mérite d'être soulevée. Car si le nombre de victimes des erreurs médicales est important en France et aux États-Unis, comment ne pas penser qu'il puisse en être pire au Liban. Pourtant, nous observons une attitude inacceptable, le silence, malgré la réception du droit administratif français par son homologue libanais. La résignation des victimes est plus ferme lorsque le médecin, par la faute duquel le dommage est survenu, est agent public fonctionnant en service public hospitalier. La sécheresse de la jurisprudence administrative libanaise en matière de responsabilité du service public hospitalier confirme cette réticence. Le silence des victimes n'est-il pas le résultat de la méconnaissance du régime de la responsabilité administrative hospitalière ?

La spécificité de la présente recherche réside en ce qu'elle s'attache à ressortir les régimes de la responsabilité des services publics hospitaliers, à déceler les manquements au Code de la déontologie médicale non sans avoir souligné l'obstacle que constituent les conditions de

⁴ Juge unique civil de Beyrouth, n° 1068/98 du 10 novembre 1998, Revue Al-Adl, 1999, p. 136.

⁵ Un établissement privé de santé de l'Université Américaine de Beyrouth.

⁶ L'équivalent de 2500 euros.

travail des médecins et la mentalité libanaise dans la recherche d'indemnisation des victimes des erreurs médicales fautives.

L'intérêt d'un tel travail est double. Il s'agit, d'une part, à l'optique de la dualité de juridictions, de contribuer à enrichir les réflexions sur le renforcement de la sécurité du patient au Liban par la tentative de mise en lumière d'une jurisprudence administrative négligée par les chercheurs. Ce travail, pourra, d'autre part, amener à un nouvel aménagement de la maquette pédagogique des facultés de la médecine, contribuer à susciter une prise de conscience chez les médecins et à encourager, enfin, les victimes des erreurs médicales à rompre avec la fatalité. Le constat est qu'au Liban la sécurité du patient n'est pas toujours la priorité des professionnels de la santé ni celle des pouvoirs publics. La faiblesse du texte législatif et la sécheresse des actions en réparation contre le service public hospitalier au Liban soutiennent cette affirmation.

Il convient de relever que le Code de déontologie médicale libanais contient tout de même de grands principes permanents, intemporels régissant la profession médicale : le premier est de rendre service à l'être humain, en respectant pleinement la dignité de l'homme et les droits des patients. Une des manifestations de ce principe les plus importantes tient dans le secret médical ; le deuxième est la liberté du patient de choisir son médecin ; le troisième porte sur l'indépendance du médecin. Cette indépendance doit être dirigée vers les intérêts des patients, qui ne sauraient dépendre d'influences personnelles ou matérielles.

Cependant, toute règle ne tire sa force que de son application effective aux situations concrètes qu'elle a vocation à régir. Le droit par les principes ne vaut que par l'élan qui le porte. Dans le cas du Code de déontologie médicale au Liban, la question de l'effectivité du respect des principes proclamés est loin d'être réglée. La question de la responsabilité médicale, notamment administrative, échappe à beaucoup de médecins. L'enjeu est de taille et la constance et l'abondance de la jurisprudence française en la matière en est une parfaite manifestation.

Quant aux décisions rendues par la juridiction administrative libanaise, un nombre assez limité ne dépassant pas le nombre des doigts de la main a été publié⁷. Un grand effort manuel

⁷ Seulement deux décisions ont pu être collectées en matière administrative et une douzaine en matière judiciaire.

et personnel a été déployé pour combler le défaut d'information et de statistiques sérieuses au Liban. Le nombre très infime de décisions, prises relativement au nombre très important d'actes médicaux pratiqués rend la comparaison entre le droit de la responsabilité administrative médicale libanais et le droit de la responsabilité administrative médicale français une mission très difficile voire impossible quelque part.

Dans ce contexte, une question se pose : pourquoi effectuer cette démarche comparative ? La comparaison est, en tout état de cause, un enrichissement. Un pays peut chercher à résoudre des problèmes qui semblent trouver réponse dans un autre pays. Étudier la responsabilité administrative médicale au Liban seulement ne permet pas une mise en perspective. Seule une étude comparative peut la situer en la mettant sur l'échelle de l'évolution. Seule cette remise en parallèle pourra nous donner la conscience du chemin à parcourir.

Dans cette optique, nous constatons en la matière un précédent au droit de la santé français qui se ressemble beaucoup à la situation libanaise actuelle. Les méandres de la procédure juridictionnelle et l'absence d'indemnisation de l'aléa thérapeutique qui avaient conforté l'idée d'un déni de justice ont précédé les dernières évolutions françaises en matière de la responsabilité médicale. Cependant, dans le domaine de la santé, les régimes légaux d'indemnisation en France sont également nombreux. Il y a eu l'indemnisation des donneurs de sang en 1961, des vaccinations obligatoires en 1964, des préjudices liés aux recherches biomédicales par la loi Huriet en 1988, puis d'indemnisation des victimes du sida transfusionnel et de l'amiante dans les années 90.

En ce qui concerne les accidents médicaux, fautifs ou non fautifs, depuis les années 70, les esquisses législatives ont été extraordinairement fréquentes. On peut dénombrer une quinzaine de propositions de lois élaborées entre 1973 et 2000 qui s'inspirent de deux grands courants de pensée. Le premier trouve ses origines dans la thèse lancée par André Tunc en 1966 lors du deuxième congrès international de morale médicale organisée à Paris et qui faisait référence à l'indemnisation des risques automobiles pour fonder un dispositif. Le second résulte du projet de loi proposé par Jean Penneau en 1973 qui s'articulait autour d'un fonds de garantie.

Enfin cette idée de fonds de garantie a servi de référence à la plupart des travaux ultérieurs. Le projet d'indemnisation a été relancé avec force, en 1990 avec un projet relatif à la

responsabilité médicale et à l'assistance aux victimes d'accidents thérapeutiques présenté par le Médiateur de la République.

Cette tradition des régimes légaux d'indemnisation en France a été nourrie par l'émulation jurisprudentielle entre les deux ordres de juridiction, qui, à partir de la fin des années 80, a été tout à fait remarquable. La Cour de cassation et le Conseil d'État ont eu une démarche très audacieuse à tel point que certains commentateurs ont pu dire que les juges « invitaient » le parlement à s'emparer de cette question de l'indemnisation des accidents médicaux. La date clé reste celle de l'arrêt Cohen du Conseil d'État français en 1988, posant le principe de la présomption de faute en notion d'infections nosocomiales. Cet arrêt a d'ailleurs eu un retentissement considérable.

Également, nous constatons en 1993 par l'arrêt *Bianchi* un régime de responsabilité objective limité dans son champ d'application en cas de survenue d'un aléa thérapeutique aux conséquences dramatiques dans le service public hospitalier. Celui-là a été précédé par l'abandon de la faute lourde pour engager la responsabilité hospitalière en 1992. Cette émulation jurisprudentielle est venue conforter la tradition légale de l'indemnisation.

Un autre facteur qui a beaucoup joué, c'est la montée en puissance des associations de malades et d'usagers du système de santé. Progressivement émancipées de la tutelle médicale, les associations de malades ou de victimes ont porté la demande sociale d'indemnisation des accidents médicaux. Sans oublier l'engagement politique réitéré de produire un texte sur l'indemnisation des accidents thérapeutiques.

En 2002, le droit de la responsabilité médicale en France a vu une grande évolution avec la loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner. Un office public financé pour l'essentiel par l'assurance maladie, l'ONIAM a donc été mis en place pour indemniser les conséquences des aléas thérapeutiques graves sur le fondement de la solidarité nationale. Le deuxième objectif de la loi était la recherche de procédures efficaces. Cette thèse montrera dans quelle mesure l'objectif a été atteint. Le choix n'était pas simple entre une procédure contentieuse adaptée ou une procédure administrative. La solution retenue a été celle d'une procédure administrative innovante ne constituant pas un recours préalable au recours juridictionnel et laissé au libre choix de la victime.

De même, la question de la gratuité de l'expertise médicale était dans la loi Kouchner une des questions que la collectivité s'est engagée à assumer. Ainsi, il nous semble utile de dire que cette loi est intervenue dans le contexte d'une défiance très grande, au sein du système de santé français, entre médecins et patients, entre médecins et victimes, entre administrations sanitaires et victimes. En matière d'indemnisation, cette recherche de confiance a conduit à affirmer solennellement la primauté de la faute. Le texte rappelle en effet que l'on doit d'abord rechercher la faute. Mais, après dix ans, est-ce que cette confiance a bien été rétablie ? La loi française du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a bien garanti l'égalité devant la loi des victimes d'accidents médicaux ? Des questions que nous essayerons de les apporter une réponse dans notre développement.

Enfin, le prolongement et l'approfondissement de la problématique devenue classique, mais toujours actuelle, de l'harmonisation des branches publique et privée de la responsabilité médicale au détriment de la spécificité originaire de la responsabilité médicale publique, revêt un intérêt particulier et majeur dès lors qu'il est admis que cette évolution de la responsabilité médicale reflète plus généralement l'évolution de « *la responsabilité administrative de droit commun* »⁸. Autrement dit, notre recherche exclusivement centrée sur un pan singulier de la responsabilité tend à s'inscrire dans une perspective plus globale dépassant ce stricte cadre. L'analyse de la spécificité des règles d'engagement de la responsabilité médicale publique entend participer d'une réflexion plus générale sur le degré d'originalité de la responsabilité de la puissance publique.

Une telle ambition est à l'évidence subordonnée à l'affirmation suivant laquelle l'évolution de la responsabilité médicale publique se révèle être symptomatique de l'évolution de la responsabilité administrative prise dans sa globalité. Les constats déjà opérés sur ce point par d'éminents spécialistes tendent à montrer que cette intuition initiale est avérée. Pour Jean Waline, l'évolution de la responsabilité hospitalière est « *révélatrice de l'évolution de l'ensemble du droit de la responsabilité survenue ces derniers temps. Elle n'en constitue que la réduction* »⁹. Dans le même sens, Jacques Moreau considère que « pour la décennie 1990 [...] la responsabilité hospitalière est la matrice de l'évolution récente du droit de la

⁸ Pour reprendre l'expression de Georges VEDEL et Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif*, tome 1, PUF, 12^{ème} éd., 1992, Coll. Thémis droit public, p. 576.

⁹ Waline Jean, « *L'évolution de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques* », EDCE, 1994, n° 46, p. 460.

responsabilité administrative »¹⁰. Et l'auteur de démontrer cela à travers l'identification de trois axes caractérisent le domaine de la responsabilité médicale : l'admission de plus en plus fréquente de la faute prouvée, l'élargissement notable du domaine des présomptions de faute, la consécration et l'extension de la responsabilité sans faute. Cette triple évolution « *est une sorte de paradigme dont les applications, en dehors de la responsabilité hospitalière, sont multiples, diversifiées et constantes* »¹¹.

Une telle fonction singulière, à la fois « symptomatique » et « motrice » remplie par la responsabilité médicale au sein de la responsabilité de la puissance publique n'a d'ailleurs rien d'étonnant, si l'on considère qu'elle s'est très souvent située à la pointe de l'évolution et de l'innovation juridique depuis le début des années 90, afin de satisfaire au mieux l'intérêt des patients victimes. Même si la loi du 4 mars 2002 a apporté à la matière certains bouleversements pour l'avenir, dix ans après, nous constatons encore sans conteste la responsabilité médicale publique au rang de matrice de l'évolution de la responsabilité administrative générale, puisque les trois axes mis en avant par Jacques Moreau continuent de la caractériser. On peut également prévoir qu'elle continuera de l'être par la suite, au moins dans une certaine mesure. Car c'est d'un véritable laboratoire de recherche dans lequel les juges élaborent et expérimentent les innovations les plus remarquables avant qu'elles ne soient généralisées à l'ensemble du droit de la responsabilité qu'il s'agit. Le choix du contexte singulier de la responsabilité médicale en droit public libanais et français et de la problématique de la mise en œuvre de la responsabilité médicale et de la réparation des préjudices subis n'est donc pas anodin et paraît s'imposer.

D'ailleurs, il n'est évidemment pas possible de tout expliquer et analyser à partir de la responsabilité médicale publique, au risque de produire une image déformée de l'ensemble du droit de la responsabilité administrative. En résumé, la responsabilité médicale publique constitue une excellente tour d'observation afin de jauger de la perte de spécificité de la responsabilité administrative. Mais elle ne sert qu'à témoigner d'une évolution dont il ne faut pas exagérer la portée en procédant ensuite à des généralisations hasardeuses.

¹⁰ MOREAU Jacques, « *La responsabilité hospitalière, matrice du droit contemporain de la responsabilité administrative* », in X. Vandendriessche (dir.), *Études en l'honneur de Pierre Sandevor* : service public, services publics, l'Harmattan, 2000, p. 133.

¹¹ MOREAU Jacques, *Ibidem*.

Des précisions doivent en outre être données quant à la méthode de travail utilisée dans le cadre de cette étude comparative des jurisprudences.

Tout d'abord, la démarche consistera dans une étude directe de jurisprudence. Cela signifie que l'on procédera à l'examen des décisions de justice elles-mêmes, sans se contenter des diverses indications données par les auteurs, sommaires et tables. L'étude ne pourra être valable que si elle repose largement sur une analyse solide et personnelle des arrêts, jugements et autres décisions.

Ensuite, la démarche consistera dans une appréhension systématique de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions administratives dans les deux pays de comparaison. Seule une analyse massive de ces décisions de justice est de nature à conforter l'étude. Mais il serait vain et prétentieux de prétendre vouloir examiner l'ensemble des décisions touchant la responsabilité médicale notamment en France. Nous ne pouvons tout lire et décrypter, ni même accéder à l'ensemble des décisions de justice. Il faudra donc s'appuyer sur un très large panel de jugements et d'arrêts rendus par la juridiction administrative française, dans les limites qu'il est nécessaire de définir.

Sont principalement visées par l'étude les décisions émanant des hautes juridictions administratives libanaise et française. En d'autres termes nous procéderons essentiellement à l'analyse des arrêts du Conseil d'État au Liban comme en France. Les décisions de la Cour de cassation ne feront pas l'objet d'une analyse systématique. Elles en feront où il nous semble nécessaire.

L'appréhension de ces diverses décisions de justice est étroitement dépendante de leur diffusion, elles ne pourront être analysées que dans la mesure de leur accessibilité notamment au Liban. Il importe donc de préciser les différents matériaux sur lesquels la recherche s'appuiera. Nous nous baserons en partie sur les décisions de justice publiées dans les supports traditionnels que constituent les recueils de jurisprudence, ainsi que les diverses revues juridiques générales ou spécialisées. S'agissant des premiers, il faut mentionner le Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État français qui contient, outre des arrêts du Conseil d'État, des décisions du Tribunal des conflits, mais aussi quelques arrêts des cours administratives d'appel et quelques jugements des tribunaux administratifs. On ne pourra toutefois pas se contenter des seules décisions publiées dans ces recueils ou revues qui ne

représentent qu'une infime partie de l'ensemble des décisions juridictionnelles existantes, puisqu'elles ont fait l'objet au préalable d'un processus de sélection. Sinon, l'analyse subordonnée au tri qui aura été opéré par certains au sein des décisions de justice risquerait de fausser les résultats de la recherche.

Aussi, il faudra prendre en compte les décisions non publiées, regroupées dans des banques de données juridiques accessibles sous la forme de cédérom ou de bases de données en ligne. Ces supports informatiques couvrant plusieurs décennies de jurisprudence permettent d'accéder à une quantité considérable de décisions, qui peut aller parfois jusqu'à l'exhaustivité. Nous nous appuierons précisément sur les juridiques Lamy du Conseil d'État, ainsi que sur les banques de données en ligne légifrance et juris-Data. Ces deux supports permettent d'accéder à la fois à des décisions de justice intégrales du Conseil État, ainsi qu'à celles des cours administratives d'appel. Si la collecte des décisions de justice en matière de responsabilité médicale apparaît relativement aisée au sein des recueils de jurisprudence ou des diverses revues juridiques par l'utilisation de tables ou de sommaires, en revanche celle-ci s'avère plus difficile au sein des banques juridiques de données qui doivent être interrogées par le biais de mots clefs pertinents. Cette collecte très particulière nécessite patience et astuce, puisqu'il est nécessaire de trouver les mots clefs effectifs et les multiples combinaisons susceptibles de conduire à l'ensemble des décisions relatives à la responsabilité médicale.

Cette étude de droit administratif comparé n'est pas dès lors sans obstacles. Un certain nombre de difficultés qu'il conviendra de surmonter viennent entraver l'étude. Celles-ci sont principalement liées aux choix du recours à la méthode comparative. Comme nous avons déjà évoqué, des difficultés concrètes se posent également lorsqu'il s'agit de procéder à la comparaison entre le droit de la responsabilité médicale publique français et son homologue libanais. Pour pouvoir confronter ces deux réalités, il est nécessaire qu'elles soient comparables.

En outre, cette étude comparative n'échappe pas à une autre difficulté d'ordre technique, déjà implicitement évoquée. Sa réalisation est étroitement subordonnée à l'accessibilité aux décisions de justice notamment au Liban. Cette donnée m'a obligé à accomplir plusieurs mobilités de recherche entre le Liban et la France. Sans oublier, bien sûr, la difficulté issue de

la technicité médicale quand on traite un droit transversal concernant la profession de la médecine.

Enfin, il n'est pas inutile de souligner une dernière difficulté inhérente à cette étude comparative des règles d'engagement de la responsabilité médicale publique. Celle-ci implique de maîtriser également le droit administratif français et libanais.

Ces quelques difficultés et dangers entourant l'étude ne sont pas irrémédiables, néanmoins ils soulignent certaines de ses potentielles imperfections et de ses probables limites. Pour cette raison, notre travail a un double objet : d'une part, appréhender les principes de la responsabilité administrative à l'hôpital public et d'autre part mettre en exergue l'évolution du régime en recherchant les facteurs d'évolution et la manière de parvenir à un oint d'équilibre entre les intérêts des victimes et ceux de l'administration des établissements publics de santé.

Tout au long de ce travail nous étudierons la jurisprudence du juge administratif dans les pays concernées. Les arrêts du Conseil d'État et des cours administratives d'appel ont été privilégiés, sans autant omettre totalement les décisions du Conseil Constitutionnel relatives aux principes régissant le domaine. Lorsque des comparaisons se révéleront nécessaires, nous n'hésiterons pas à recourir à certaines décisions de la Cour de Cassation et de la juridiction pénale. Deux axes orienteront nos recherches. Tout d'abord, nous étudierons dans une première partie l'affirmation progressive de l'engagement de la responsabilité des établissements publics de santé.

Première partie : L'affirmation progressive de la responsabilité médicale en droit public

Titre I : Délimitation de la responsabilité médicale en droit public

Titre II : Une responsabilité médicale sur le chemin de maintenir un équilibre malmené

Ce choix nous conduira indubitablement à nous intéresser aux dernières évolutions de la question du préjudice et de l'imputabilité en droit de la responsabilité hospitalière publique.

Ensuite, l'accent sera mis, dans la deuxième partie, sur les différents fondements juridiques utilisés par le juge administratif pour engager la responsabilité médicale en droit public et leur efficacité afin de rendre justice et équité aux parties concernées, le médecin et son patient, avant de discuter la question de l'indemnisation des victimes par le biais d'une recherche des

facteurs d'évolution, ceci à toutes les étapes de la procédure et tout particulièrement lors de l'analyse du nouveau régime d'indemnisation.

Deuxième partie : Les perspectives d'une indemnisation des préjudices médicaux hors l'institution de la responsabilité médicale

Titre I : Fondements de la responsabilité médicale en droit public

Titre II : Un déplacement progressif du pôle de la responsabilité au pôle de l'indemnisation

PREMIÈRE PARTIE

L'affirmation progressive de la responsabilité médicale en droit public

Tout d'abord, Dans cette première partie, nous étudierons l'adaptation de notions et de principes gérés par le juge de fond, précisément le juge administratif, au Liban comme en France, pour répondre à des situations dramatiques rencontrées. C'est au XIX^{ème} siècle que l'on observe une irresponsabilité de l'administration. Certains textes aménageaient des exceptions, mais ils étaient peu nombreux. La raison principale du renversement idéologique c'est les républicains au pouvoir en France qui ont développé des idées libérales, elles postulent un contrôle étroit de l'administration. Parmi ces idées, la loi du 24 mai 1875 qui accorde au Conseil d'Etat (la justice déléguée) le statut de juridiction indépendante.

Commençons par l'arrêt de principe de tout le droit de la responsabilité administrative, C'est-à-dire l'arrêt Blanco du Tribunal des conflits en 1873. Il pose trois principes au niveau de la responsabilité administrative. Premièrement, l'existence même d'une responsabilité. Deuxièmement, la compétence de la juridiction administrative pour connaître de cette responsabilité toutes les fois que résulte le dommage au fonctionnement d'un service public. Troisièmement, l'autonomie du droit de la responsabilité administrative par rapport aux règles générales du droit civil.

Bien que les jurisprudences administrative et judiciaire aient connu un rapprochement sur certains aspects du droit de la responsabilité¹², il n'en est pas résulté pour autant une identité entre responsabilité administrative et responsabilité civile. L'autonomie de la première subsiste. Mais elle a pris un sens contraire ; si elle implique encore dans certains cas, conformément au sens primitif de la formule de l'arrêt *Blanco*, des règles moins favorables

¹² CE 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, GAJA, 15^{ème} éd., Dalloz, p. 201.

aux particuliers que celles qui auraient résulté de l'application des règles du Code civil (Par exemple, exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration dans certains cas) elle entraîne aussi la reconnaissance de la responsabilité de l'administration dans des situations où le droit civil n'aurait pas permis de donner satisfaction à la victime¹³.

Cela fait apparaître enfin le caractère excessif de la formule selon laquelle la responsabilité de l'État « n'est ni générale ni absolue ». Certes l'administration ne répond pas sans conditions des dommages qu'elle cause. Mais ces conditions ont été aménagées de telle sorte que les administrés trouvent dans la responsabilité administrative une protection efficace contre l'administration et ses agents. La responsabilité constitue pour les administrés une garantie essentielle. Et, la jurisprudence en matière de la responsabilité hospitalière ne fait pas une exception. Au début, les règles qui régissent le droit de la responsabilité hospitalière n'étaient pas uniformes. La jurisprudence antérieure distinguait entre l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier d'une part et les activités médicales et chirurgicales proprement dites d'autre part. Elle engageait la responsabilité de l'administration d'une simple faute pour la première part tandis qu'elle demandait une faute lourde pour la deuxième.

La question de la responsabilité hospitalière soulève plusieurs interrogations comme conséquence de l'interférence des éléments tant de droit privé que de droit public. Et, à chaque fois, le juge se trouve dans une position où les principes juridiques ne servent plus pour réaliser une telle équité qu'il représente, il adapte ces principes pour donner droit, et réparer le préjudice subi par la victime. Or, cette reconnaissance progressive de la responsabilité médicale en droit public sera bien expliquée par un traitement des différents aspects, administratif et civil, de la responsabilité hospitalière. Ainsi que, la limite à laquelle la jurisprudence est allée pour renforcer le droit de la victime à être réparée. Ceci sera traité en abordant en première lieu la délimitation de l'objet de la responsabilité hospitalière (titre I). Puis l'on s'intéressera aux évolutions jurisprudentielles et législatives de la responsabilité hospitalière qui ont eu pour but maintenir un équilibre perdu (titre II).

¹³ CE 13 décembre 1957, *Trottier*, Rec. CE, 1957, p. 681.

TITRE I

Délimitation de la responsabilité médicale en droit public

La jurisprudence administrative française considère depuis longtemps que les rapports juridiques entre un hôpital public et un médecin participant à l'exécution des fonctions assumées par ledit hôpital sont des rapports de droit public¹⁴. Ceci entraîne que la responsabilité des établissements d'hospitalisation publics est soumise pour l'essentiel aux règles générales de la responsabilité administrative. Cependant, l'application du droit commun de la responsabilité administrative dans le champ de la responsabilité hospitalière présente plusieurs particularités qui tiennent évidemment aux caractères propres de l'activité du service public hospitalier. Celle-ci est à la fois activité d'administration, d'hébergement, de soins, d'enseignement et de recherche ; fort difficile et souvent d'une technicité extrême, dont le juge tient compte dans ses appréciations. En outre, il faut tenir compte de la dynamique propre de la matière. Elle évolue très rapidement, toujours dans le même sens, celui d'une protection accrue des victimes, ce qui entraîne la responsabilité élargie des établissements publics de santé.

Par rapport à ce qui précède, il résulte une responsabilité administrative plus ou moins « particulière » ou plutôt spécifique au domaine de la responsabilité hospitalière (chapitre I), malgré les diverses manifestations d'un rapprochement du droit public et du droit privé dans le domaine de la responsabilité médicale (chapitre II).

¹⁴ TC 25 mars 1957, *Hospices civils du Puy / de la Pérelle*, Rec. CE, 1957, p. 817.

Chapitre I

La responsabilité du service public hospitalier : une responsabilité administrative spécifique

Quand on traite le droit de la responsabilité administrative, ceci implique le droit de la responsabilité appliqué à toutes les personnes de droit public, État, collectivités territoriales et les établissements publics. Mais ceci ne suffit absolument pas pour bien comprendre les dispositifs du droit de la responsabilité médicale en droit public, tant en France qu'au Liban. Pour cette raison, il est très important dans le premier chapitre de parler de la nature juridique de cette responsabilité (section 1), sans oublier le rôle de la jurisprudence administrative et puis le législateur dans le processus de création, d'évolution et d'adaptation des éléments du droit commun pour répondre aux situations délicates par des moyens atypiques (section 2). Les dispositions en la matière nous permettront de conclure que la responsabilité hospitalière est une responsabilité administrative particulière dans tous les sens du mot.

Section 1. La nature de la responsabilité médicale en droit public

Pour l'essentiel la nature de la responsabilité médicale en droit public est bien identifiée. Nous sommes devant un service public hospitalier exécuté par des médecins, qui ont une indépendance professionnelle déontologique. Ceux-ci sont considérés comme agents publics participant au fonctionnement d'un tel service public. Il résulte naturellement de cette situation juridique que la responsabilité administrative au sein du service public hospitalier est le principe (§1). Pourtant, ce principe n'est pas absolu. Ce qui rend la question de la responsabilité hospitalière plus délicate, dès que le juge se trouve devant un dossier de responsabilité hospitalière contient des éléments issus du droit public comme du droit privé (§2).

§1. Le principe de la responsabilité administrative à l'hôpital public

Le service public hospitalier n'est véritablement consacré en France qu'avec la loi hospitalière du 31 décembre 1970 où le législateur français va faire expressément référence à cette notion. Alors que tous les événements, qui ont bouleversé le système hospitalier français avant cette date, constituent, d'une certaine manière, l'introduction du service public

hospitalier. Il est profitable de s'y arrêter afin de mieux comprendre la façon par laquelle le service public hospitalier fonctionne.

Face à la multiplication du nombre des pauvres, les évêques vont, avec l'avènement de la civilisation chrétienne en Occident, repenser la charité et créer des fondations chargées d'héberger tous les exclus de la société. Les premiers établissements de soins apparaissent au V^{ème} siècle et sont donc à l'origine des institutions privées, relevant d'initiatives désintéressées.

Après que les établissements de soins soient nationalisés à l'époque de la Révolution française, le Conseil d'État français a admis dans un avis du 12 janvier 1892, que les établissements privés peuvent se créer librement, avec néanmoins un droit de contrôle pour l'État¹⁵. La vocation naturelle de l'établissement public est de gérer un service public. Il demeure exceptionnel que l'activité d'un établissement public ne réponde pas à un intérêt général assez caractérisé pour être qualifié d'activité de service public. Par conséquent, dès cette époque, l'existence d'un service public a été implicitement reconnue, service public dont le champ est encore restreint puisque les soins étaient destinés aux malades indigents. De la même manière, en droit de santé libanais, les établissements publics de santé, depuis l'empire ottoman, au XIII^{ème} siècle, avaient été élaborés pour accueillir les malades et les vieillards indigents. Au début du XX^{ème} siècle, pendant la période de l'État du Grand Liban, un arrêté, signé par le gouverneur du Grand Liban le 10 décembre 1920, précise les conditions d'admission des malades dans les hôpitaux gouvernementaux. Les malades étaient admissibles dans les hôpitaux ou des les établissements de secours public à condition qu'ils déposent une attestation d'indigence¹⁶.

Le Conseil d'État français précise dans deux arrêts¹⁷, en 1945 et en 1946, que l'hôpital ne peut prendre en charge les catégories aisées de la population que s'il existe un intérêt public local et une carence de l'initiative privée. Cette analogie où le juge administratif en la matière applique les principes qu'il utilise lorsqu'il doit juger de la légalité de la création d'un service public industriel et commercial est remarquable. Le juge fait comme s'il était devant un

¹⁵ CRISTOL Danièle, « *Le service public hospitalier français* », RDP, 1997, P. 803.

¹⁶ Cette condition était avant qu'un décret n° 16662 du 18 juin 1964 modifié par le décret n° 325 du 4 janvier 1971 abandonne la condition d'attestation d'indigence.

¹⁷ CE, ass. 26 octobre 1945, *syndicat national des maisons de santé*, Rec. CE, 1945 P. 210 ; CE Sect. 15 mars 1946, *Sieur Odilon Platon*, Rec. CE, 1946, P. 79-81.

véritable service public alors que la notion de service public hospitalier n'est pas encore apparue. C'est en 1957 que le Tribunal des conflits reconnaît l'existence d'un service public de santé¹⁸. Au Liban le service de la santé est défini selon la théorie générale du service public. Le juge administratif libanais, comme son homologue français, dans les cas où le service public n'est pas qualifié par un texte, utilise un faisceau d'indices élaborés par la jurisprudence administrative.

Il faut, en effet, attendre la loi du 31 décembre 1970¹⁹ pour assister à la naissance officielle du service public hospitalier. L'idée du législateur français, à l'époque, est de dépasser la concurrence stérile qui sévit entre établissements publics et privés. Pour cela, le service public hospitalier doit couvrir l'essentiel des besoins sanitaires du pays. Le législateur français consacre une définition matérielle du service public hospitalier. Celui-ci définit le service public hospitalier comme un ensemble de missions pouvant être réalisés par des personnes publiques ou privées. Cette définition a été confirmée par la loi hospitalière du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière. Sans oublier l'évolution jurisprudentielle en matière de la définition du service public, le Conseil d'État français dans un arrêt du 20 juillet 1990 a considéré qu'une association créée par une personne publique, qui reçoit de celle-ci des aides équivalentes à plus de la moitié des recettes, qui utilise des locaux appartenant à la commune, qui emploie le personnel communal, dont le conseil d'administration comporte une majorité de conseillers municipaux qui siègent en cette qualité, gère un service public au cas où la personne publique exerce un contrôle particulièrement fort sur l'activité de la personne privée, malgré l'inexistence de la mise en vigueur des prérogatives de puissance publique²⁰. Cette tendance jurisprudentielle a été confirmée par l'arrêt du Conseil d'État du 17 février 1992²¹.

Un service public hospitalier, défini par le critère matériel, est un ensemble de missions et obligations qui ressortent de la notion de l'intérêt général, et dont le mode de fonctionnement ressemble à celui de n'importe quel service public administratif. Ces missions ont une nature qui soulèvent l'application du principe de la responsabilité administrative, une responsabilité issue des missions du service public hospitalier (A). En principe l'exécution du service public hospitalier nécessite le rassemblement de trois éléments essentiels l'établissement public, le praticien médical et le patient, qui sont liés par des relations juridiques traditionnelles d'une

¹⁸ T.C. 25 mars 1957, *Sieur Chilloux et Sieur Isaad Slimane*, Rec. CE, 1957, p. 816.

¹⁹ Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, JO du 3 janvier 1971.

²⁰ CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun et Association Melun Culture Loisir*, AJDA, 1990, p. 820.

²¹ CE, 17 février 1992, *Société Textron*, AJDA, 1992, p. 450.

part et des relations juridiques parfois différentes dont dépend l'identification de la nature de la responsabilité engagée dans les cas où cette exécution cause des préjudices pour les patients (B).

A. Responsabilité administrative issue des missions du service public hospitalier

Il est évident qu'il faut déterminer la nature des missions d'un tel service public pour être capable de dire si on est devant un service public administratif ou bien industriel et commercial. De cet aspect, et après que le législateur français, ainsi que son homologue libanais²², ait essayé de définir le service public hospitalier par un ensemble de missions, ressort naturellement le rôle de l'administration publique pour maintenir l'intérêt général illustré par la protection de la santé des citoyens. Ces missions précisées vont jouer un rôle essentiel pour déterminer la nature de la responsabilité qui sera engagée à l'occasion de l'exécution du service public hospitalier.

I. Missions du service public hospitalier

Selon le législateur français, « *Les établissements de santé, publics et privés, assurent les examens de diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes en tenant compte des aspects psychologiques du patient. Ils participent à des actions de santé publique et notamment à toutes actions médico-sociales coordonnées et à des actions d'éducation pour la santé et de prévention. Ils participent à la mise en œuvre du dispositif de vigilance destiné à garantir la sécurité sanitaire, notamment des produits mentionnés à l'article L. 5311-1, et organisent en leur sein la lutte contre des infections nosocomiales et les affections iatrogènes dans les conditions prévues par la voie réglementaire* »²³.

Dans ce domaine ci, les établissements de santé « assurent » les examens de diagnostic et de traitement. Or, le service public hospitalier est exécuté en plusieurs volets. Il « concourt » à l'enseignement universitaire et postuniversitaire et à la recherche, à la formation continue des praticiens hospitaliers et non hospitaliers, à la recherche médicale, déontologique et pharmaceutiques, aux actions de médecine préventive et d'éducation pour la santé et à leur coordination, à l'aide médicale urgente, et les examens de diagnostic et les soins dispensés

²² Loi n° 574 du 11 février 2004, JO libanais du 13 Février 2004, n° 9, p. 705.

²³ Art. L. 6111-1 du CSPF.

aux détenus en milieu pénitencier et hospitalier²⁴. De tout ce qui précède, il est incontestable, par rapport à la nature des missions que le service public hospitalier détient, qu'on est devant un service qui s'occupe d'assurer des activités dépourvues de nature industrielle et commerciale.

Le législateur libanais n'est pas loin de cette dimension, bien qu'il n'ait pas parlé expressément du service public hospitalier. Il prévoit que « *le malade a le droit, dans un cadre de système sanitaire et de protection sociale, de recevoir le soin médical consciencieux et convenable pour son état, et compatible avec les données actuelles acquises de la science. Cette protection est sous forme préventive, ou thérapeutique, ou palliative, ou éducationnelle* »²⁵. Même si le juge administratif libanais n'a pas encore été saisi en la matière, toutes les conditions de fonctionnement de ce système sanitaire, comme l'appelle le législateur libanais, selon la théorie générale du service public et la jurisprudence administrative libanaise, entraînent la reconnaissance par le juge administratif de sa qualification juridique, pas seulement comme un service public mais aussi administratif.

Un service public hospitalier est assuré premièrement par les établissements publics de santé. L'idée est confirmée par l'article L. 6112-2 du code de la santé publique, et, deuxièmement, par les établissements privés de santé, ceux qui répondent aux conditions fixées par la loi. Il faut souligner qu'en France l'enseignement médical est exclusivement public. Un service public exécuté par des personnes du droit public, souvent sous forme d'établissements publics, détient des missions de nature administrative, se voit appliquer les dispositifs du droit administratif, et par conséquent ceux de la responsabilité administrative.

La loi française n° 86-11 du janvier 1986 relative à l'aide médicale d'urgence et aux transports sanitaires définit ainsi l'aide médicale urgente : « *elle a pour objet, en relation notamment avec les dispositions communales et départementales d'organisation des secours, de faire assurer aux malades, blessés et parturientes, en quelque endroit qu'ils se trouvent, les soins d'urgence appropriés à leur état* ». L'organisation des dispositifs d'aide médicale

²⁴ Art. L. 6112-1 du CSPF.

²⁵ Art 1^{er} de la loi n° 574 du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé.

urgente tire son origine, et même en partie ses savoir-faire, des organisations de la médecine militaire²⁶.

Pour plus de détails, la juridiction administrative française qualifie l'activité du service public hospitalier d' « administrative » et ceci est important dans une période où l'hôpital, en France, s'interrogeait sur ce qu'il doit « faire » ou « faire faire ». Un avis et des arrêts du Conseil d'État français ont apporté des précisions intéressantes sur le contenu même de la notion de service public hospitalier. Dans un avis du 16 juin 1994, la juridiction administrative française a considéré que « *l'hébergement médicalisé des patients constitue en des éléments essentiels et indissociables de la mission de service public de l'établissement public de santé qui, de ce fait, doit l'assurer lui-même sans pouvoir le déléguer* ». Parallèlement, il avait été jugé que « *le service public hospitalier comprend non seulement la dispense de soins, mais également l'aménagement des conditions de séjour des malades* »²⁷, et que « *la restauration des malades hospitalisés est un élément du service public hospitalier* »²⁸. Cette tendance jurisprudentielle a été restreinte par le Tribunal des Conflits, qui a séparé les activités de diagnostic, de surveillance et de soins d'une part, et les activités accessoires ou périphériques au service public participant au confort du séjour hospitalier²⁹. Mais il sera utile de s'interroger sur les circonstances et les principes juridiques qui dirigent toutes ces activités principales et périphériques au sein du service public hospitalier.

II. Les principes juridiques du service public hospitalier

Comme tous les services publics, le service public hospitalier est soumis aux principes fondamentaux qui les régissent : le principe de continuité, le principe d'égalité et le principe de mutabilité. Il est utile d'éclaircir la manière par laquelle ces principes fondamentaux s'adaptent à l'occasion de l'exécution du service public hospitalier.

a. Le principe de continuité à l'hôpital

Il ressort bien naturellement de l'objet et de la finalité du service public hospitalier la notion de permanence des soins et leur ouverture à tous ceux qui en ont besoin. Ce principe implique la continuité du service de jour, de nuit et en urgence, ainsi que la continuité y

²⁶ DUPONT Marc, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, PAIRE Christian, *Droit hospitalier*, 6^e éd. Paris : Dalloz, 2007, p. 224.

²⁷ CE, 7^{ème} et 10^{ème} sous-sect. réunies, 8 juin 1994, *Société Codiam*, Rec. CE, 1994, p. 294.

²⁸ CE, 9^{ème} et 8^{ème} sous-sect. réunies, 16 janvier 1995, *M. Delignières*, n° 150066, Inédit au recueil Lebon.

²⁹ TC, 21 mai 2007, *Société Codiam / AP-HP*, n° 3609, Inédit au recueil Lebon.

compris après la sortie du patient. C'est le service des urgences qui illustre le mieux cette notion traditionnelle de continuité. Celui-ci a pour mission de prendre en charge, en priorité, les besoins de soins immédiats, susceptibles d'engager le pronostic vital. Sans oublier les circulaires et les déclarations du ministère de la santé au Liban qui confirment l'obligation des établissements de santé privés d'accueillir les malades dans leur service d'urgence, chacun selon sa capacité. En cas d'impossibilité, l'établissement de santé est obligé d'assurer leur admission dans un autre établissement appartenant au service public hospitalier.

Bien évidemment, les hôpitaux sont obligés de respecter ce principe, même à l'exercice du droit de grève par les personnels des établissements publics de santé, en leur imposant le respect d'un service minimum destiné à l'assurer. En la matière, la jurisprudence administrative a bien laissé ses empreintes « *le fonctionnement des services ne pouvant être interrompu, la sécurité physique des personnes, la continuité des soins et des prestations hôteliers aux patients hospitalisés et la conservation des installations et du matériel* »³⁰.

b. Le principe d'égalité à l'hôpital

Pour fonctionner ce principe il se demande de garantir l'accès de tous les patients en toute égalité aux soins dispensés et, partant, interdit toute discrimination entre les malades en ce qui concerne les soins notamment. De plus, les agents du service public et le service lui-même sont obligés de traiter tous les usagers en faisant abstraction de leurs opinions ou de leurs croyances. La loi française du 31 décembre 1970, dans son article 3 prévoit que « les établissements ne peuvent établir aucune discrimination entre les malades en ce qui concerne les soins »³¹. Malgré cette égalité absolue en matière de soins, celle-ci se transforme en égalité relative concernant l'hébergement puisque différents textes législatifs et réglementaires prévoient certaines options.

c. Le principe de mutabilité à l'hôpital

Quant à lui, le principe de mutabilité oblige le service public hospitalier à s'adapter constamment aux besoins de la population, besoins déterminés au regard de la carte sanitaire et en fonction de l'évolution de la démographie. Les établissements publics tenus de procéder

³⁰ CE, 7 janvier 1976, *CHR d'Orléans*, Rec. CE, 1976, p. 10.

³¹ L'arrêt du Conseil d'État du 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, publié au recueil Lebon, va dans le même sens, le juge administratif n'exige plus un acte « thérapeutique » (exigence prévue dans l'arrêt *Bianchi* en 1993) pour engager la responsabilité sans faute du service public hospitalier. Désormais un acte médical, thérapeutique ou non, peut être un fait générateur pour engager la responsabilité hospitalière sans faute.

à l'évolution de leur activité font l'objet d'une accréditation destinée à l'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins. Ils sont également soumis au régime d'autorisation à durée déterminée dont le renouvellement est conditionné par les résultats de l'évaluation de leur activité. S'y ajoute, l'obligation déontologique des praticiens d'entretenir et de perfectionner leurs connaissances.

Le service public hospitalier tire sa force de tous ces principes discutés au-dessus. De plus, de l'absence de référence au critère organique dans la réalisation des buts du service public hospitalier permet d'infiltrer ces principes au sein du travail des établissements de santé privés. Mais, cette notion matérielle soulève plusieurs ambiguïtés car le service public hospitalier est réalisé par plusieurs acteurs, du droit public comme du droit privé. Chacun a sa nature juridique, différente l'une de l'autre. Cette situation entraîne une certaine complexité au niveau de la détermination des responsabilités qui peuvent être engagées à l'occasion de l'exécution du service public hospitalier.

B. Responsabilité administrative issue de l'exécution du service public hospitalier

Comme dans n'importe quel service public, ce dernier est exécuté par des personnes physiques privées, et le service public hospitalier n'est pas une exception dans ce domaine. D'abord, c'est le médecin qui est l'axe de ce service public, par lequel ce dernier accomplit et satisfait les besoins des patients (I). La situation juridique de ces derniers se transforme en fonction du lieu d'hospitalisation, ou plutôt de la nature juridique de l'établissement de santé dans lequel ils reçoivent les services médicaux nécessaires (II).

I. Le statut juridique du médecin à l'hôpital public

Hormis quelques exceptions, en France comme au Liban, la réparation du dommage médical repose donc essentiellement sur la faute du professionnel dans les deux systèmes de santé qui coexistent. Un système public, comprenant les établissements publics de santé, soumis au droit administratif, et les établissements privés, au droit privé. Bien qu'en France, le droit de la responsabilité médicale s'est très largement unifié par la loi du 4 mars 2002, les deux catégories des établissements de santé restent chacune soumises à des règles juridiques spécifiques à chaque catégorie.

Historiquement, les médecins exerçant à l'hôpital le faisaient en supplément de leur clientèle privée, et le plus souvent bénévolement. Les médecins ne recevant d'honoraires que

lorsque les soins donnés à certains malades leur occasionnaient un supplément de travail³². Ce n'est que par l'arrêt de principe en 1941 qui reconnaît aux médecins, participant au service public hospitalier, le statut d'agent public « *qu'il résulte de l'instruction que le sieur Gerbier a exercé en fait depuis 1914 les fonctions de médecin de l'hospice communal de Saugus et qu'à ce titre il touchait régulièrement une indemnité annuelle ; que dès lors et bien qu'il n'ait pas été investi de ses fonctions par une décision de nomination régulière, il avait la qualité d'agent d'un établissement public municipal* »³³. Auparavant, plusieurs critères avaient été utilisés pour distinguer les agents publics des agents de droit privé de l'administration tels que les conditions de recrutement, le régime disciplinaire et l'objet des fonctions.

En 1957, le Tribunal des conflits confirme définitivement le critère de la participation à l'exécution du service public hospitalier pour reconnaître la compétence de la juridiction administrative en matière de la responsabilité médicale en droit public³⁴. Ces deux décisions du Tribunal des conflits ont une grande importance puisqu'elles consacrent l'abandon d'une jurisprudence judiciaire qui laissait au juge judiciaire le soin d'indemniser les victimes des dommages subis à l'occasion de soins hospitaliers. Le statut public des établissements de santé et des médecins qui y exercent détermine automatiquement la nature de leur responsabilité.

II. Le statut juridique du patient à l'hôpital public

Selon la jurisprudence administrative française, l'établissement public de santé a une situation simplifiée³⁵, son visage administratif est unique, contrairement à beaucoup d'autres établissements publics « sorte de Janus moderne »³⁶, ce qui perturberait la répartition des compétences. L'hôpital public est pour l'utilisateur, quel qu'il soit, un service public administratif. En revanche, le patient se trouve avec son médecin libéral dans une situation juridique contractuelle différente de celle de droit public³⁷. Le cas libanais est semblable même si le juge administratif n'a jamais été saisi en la matière. Mais la doctrine qui est inspirée par la jurisprudence française va bien dans le même sens de celle-ci.

³² GRAPIN Christiane, *La responsabilité chirurgicale*, Sauramps médical, 2001, p. 46.

³³ CE, 13 juin 1941, *Docteur Gerbier*, Rec. CE, 1941, p. 305.

³⁴ TC, 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, Rec. CE, 1957, p. 816.

³⁵ CE, 23 février 1979, *Tolub*, AJDA, 1979, n° 11, p. 31, concl. Baquet.

³⁶ DARCY Gilles, « *La responsabilité des établissements publics hospitaliers* », Les petites affiches, 1999, n° 189, p. 37.

³⁷ Cass. Civ. 20 mai 1936, *Mercier*, Recueil Dalloz, 1936, I, p. 88.

Bien que la médecine et toutes les disciplines parallèles soient perçues de la même manière par les deux systèmes sanitaires et encadrées par un même code de déontologie, le patient à l'hôpital public se trouve dans une situation statutaire qui exclut tout lien contractuel. Ceci signifie que les droits et les obligations réciproques du service public hospitalier et de son usager résultent de la loi et du règlement. C'est contre l'hôpital public que l'utilisateur, victime d'un tel préjudice, doit formuler son action en responsabilité après une réponse négative à la demande préalable d'indemnisation qui n'est pas toutefois d'ordre public. Mais si cette démarche est considérée comme principe, elle n'est pas sans exceptions.

§2. Les exceptions à la nature administrative de la responsabilité à l'hôpital public

Selon la théorie du droit administratif, quand un dommage a été causé par la faute d'un agent public, plusieurs questions se posent. La première est de savoir si cette faute engage la seule responsabilité de la personne publique dont l'agent relève ou la seule responsabilité personnelle de cet agent, ou encore l'une et l'autre de ces responsabilités. La deuxième est de se demander, si l'agent qui par sa faute engage sa propre responsabilité, est tenu de la supporter définitivement, ou peut-il exercer une action récursoire contre la personne publique ?

L'état du droit est dominé par une distinction, qui est propre au droit administratif, entre deux catégories de fautes, celle des fautes de service et celle des fautes personnelles.

Dans l'arrêt *Pelletier*, le Conseil d'État français a défini la faute de service comme celle qui existe « *si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur* »³⁸. La faute de service est la faute commise par un ou plusieurs agents publics qui ne se détache pas de l'exercice des fonctions du service public. Dans ce cas, la responsabilité n'incombe pas à l'agent public mais à la personne publique et le contentieux est exclusivement administratif. C'est le cas de la plupart des décisions rendues en matière de responsabilité médicale en droit public, la juridiction administrative, notamment en France, considère qu'un praticien médical a commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital ou du centre hospitalier³⁹.

³⁸ TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, GAJA, 15 éd. 2005, p. 8.

³⁹ CE, 12 décembre 1941, *Hôpital civil d'Antibes / Dame veuve Tortel*, Rec. CE, 1941, p.18 ; CE sous sect. 5^{ème} et 4^{ème} réunies, 27 juin 2005, *M. et Mme Guechhati*, Rec. CE, 2005, p. 258.

En revanche, la faute personnelle est celle qui est détachable de l'exercice des fonctions du service public. Elle ne saurait être qu'exceptionnelle, compte tenu de la nature des fonctions administratives et des liens qui unissent l'agent public à l'administration ; pourtant, trois séries de cas apparaissent dans la jurisprudence administrative. Premièrement, lorsque la faute est commise en dehors du service et peut être considérée comme concernant la vie privée de l'agent dans la mesure où elle est dépourvue de tout lien avec le service. Deuxièmement, la faute personnelle est commise en dehors des fonctions du service tout en étant non dépourvue de tout lien avec le service. Tel est le cas d'un accident provoqué par un agent avec une arme à feu qu'il conserve régulièrement à son domicile⁴⁰. Troisièmement, la faute personnelle est commise dans l'exercice des fonctions du service public. Ce cas se manifeste lorsque la faute est intentionnelle ou particulièrement grave. Celle-ci est considérée comme détachable intellectuellement de l'exécution du service public⁴¹.

Nous constatons que la responsabilité hospitalière en droit public est un calque des principes généraux de la responsabilité administrative. L'analyse de la jurisprudence démontre que le juge d'une part reconnaît très peu de cas de fautes personnelles entraînant la responsabilité exclusive de l'agent public hospitalier. D'autre part, elle atteste que les conditions d'ouverture des actions en responsabilité sont orientées dans le but de permettre à la victime de se voir indemniser de manière effective du préjudice qu'elle a subi. Le domaine de la faute personnelle des agents publics hospitaliers constitue un contentieux particulier à la « jonction »⁴² entre les deux ordres de juridiction (A), obligeant le juge à une analyse « casuistique »⁴³ ayant pour conséquence l'application tantôt de règles de la responsabilité civile, tantôt celles de la responsabilité administrative (B).

A. Cas de la faute personnelle du praticien hospitalier

Si, encore aujourd'hui, la célèbre définition du commissaire du gouvernement à l'époque Laferrière constitue une référence en la matière, elle ne recouvre cependant pas l'ensemble des cas d'espèces envisageables. Selon Laferrière la faute personnelle est celle qui révèle « l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences [...] la faute est imputable au fonctionnaire et non à la fonction, et l'acte perdant son caractère administratif ne fait plus

⁴⁰ CE, 23 décembre 1987, *Époux Bachelier*, AJDA, 1968, p. 364, note Xavier PRÉTOT.

⁴¹ CE, 4 juillet 1990, *Société D'assurance Le Sou médical*, D. 1991, p. 291.

⁴² VIALLA François (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris : LGDJ, 2009, p. 554.

⁴³ *Ibidem*.

obstacle à la compétence judiciaire »⁴⁴. La jurisprudence comme la doctrine, tant au Liban qu'en France, sont attachées à synthétiser les différentes situations qui peuvent recouvrir la notion de faute personnelle détachable du service public. D'une part, la qualification de faute personnelle du praticien hospitalier public est indépendante de toute autre qualification (I). D'autre part, l'évolution de cette notion est liée à la préoccupation croissante de voir l'indemnisation du dommage facilitée pour la victime (II).

I. L'indépendance de la qualification de la faute personnelle

Pour bien définir la faute personnelle, il faut avant tout remarquer qu'elle ne se confond ni avec la faute pénale ni avec la faute disciplinaire, même si elles peuvent recouvrir des circonstances de fait similaires⁴⁵. L'indépendance des diverses qualifications de la faute a été à maintes reprises réaffirmée par le juge, qui ne se trouve aucunement lié par la reconnaissance d'une faute pénale⁴⁶ ou disciplinaire.

Dans son arrêt du 4 juillet 1990, le Conseil d'État français considère ainsi que si « *le tribunal administratif s'est fondé sur l'existence des faits tels qu'ils avaient été constatés par le juge pénal au soutien de la condamnation prononcée par celui-ci* », il « *n'a nullement reconnu l'autorité de la chose jugée à l'appréciation juridique portée sur le caractère détachable de cette faute par la cour d'appel de Grenoble* »⁴⁷.

Une telle faute personnelle découle d'une décision d'un praticien hospitalier, autonome, distincte de l'intervention, inadmissible ou inexcusable au regard de ses obligations déontologiques. Dans cette logique, le Conseil d'État français a jugé que le docteur Valette qui a caché des informations concernant l'erreur et l'altération de l'état de santé d'un malade ; qui a été transporté à l'hôpital de Lagny-sur-Marne, a commis une faute inexcusable au regard de la déontologie de la profession. L'administration n'a pas commis d'erreur de droit en relevant que l'existence de cette faute l'a dispensé de son obligation d'accorder sa protection à l'agent public en cas de poursuite pénale. Le docteur Valette n'a pas pris l'initiative de prévenir le patient et les médecins de l'hôpital de Lagny-sur-Marne. Or, cette information aurait pu éviter des examens lourds et douloureux, et surtout aurait permis de soigner

⁴⁴ TC, 5 mai 1877, *Laummonnier-Carriol*, Rec. CE, 1877, p. 437, concl. Laferrière.

⁴⁵ CE, sect. 18 décembre 1953, *Fresnais*, Rec. CE, 1953, P. 568.

⁴⁶ TC, 14 janvier 1935, *Thépaz*, Rec. CE, 1935, p. 1224.

⁴⁷ CE, 5^{ème} sous-sect. 4 juillet 1990, *La société d'assurance « Le Sou Médical » / CHG de Gap*, Rec. CE, 1990, Tables, p. 972.

correctement le malade immédiatement. La décision de M. Valette de ne rien dire faisait courir un risque mortel au malade. Alors même qu'il avait eu connaissance de l'état dramatique dans lequel était plongé le malade, il demanda à la manipulatrice de ne pas dévoiler l'erreur⁴⁸. Or, la question de la faute personnelle ne se limite pas à ce stade ; elle s'explique dans les cas où celle-ci est employée comme un facteur qui n'empêche pas la responsabilité de l'administration.

II. L'évolution de la notion de faute personnelle vers une indemnisation facilitée pour la victime

La question de la faute personnelle est liée à la préoccupation croissante, non seulement de se rapprocher de la réalité factuelle, mais aussi et surtout de permettre une réparation quasi systématique pour la victime du dommage, et plus précisément de lui permettre de se retourner contre une personne solvable. À la suite de l'arrêt *Pelletier*⁴⁹, un déséquilibre est né en fonction de la qualification de la faute retenue. En effet, les qualifications de faute de service et de faute personnelle étant exclusives l'une de l'autre, dès lors qu'une faute personnelle détachable du service public était reconnue cela avait pour conséquence directe pour la victime de ne pouvoir engager qu'une action dirigée contre l'agent fautif devant la juridiction judiciaire. Or, par définition l'agent public ne dispose pas de la même solvabilité qu'un établissement public.

Par conséquent, la juridiction administrative française n'a eu de cesse de pallier cette conséquence en permettant tout d'abord « *le cumul de fautes* »⁵⁰, où les dommages résultent à la fois d'une faute personnelle du praticien hospitalier et d'une faute de service (par exemple mauvais entretien du matériel ou faute d'un auxiliaire médical). Dans ce cas, la responsabilité du service est engagée, de même que celle du praticien. La jurisprudence admettra dès lors de plus en plus fréquemment que la faute personnelle implique, ou fait présumer, une faute de service, plus précisément un défaut de surveillance reprochable à l'administration. Puis le « *cumul de responsabilités* »⁵¹ a été admis lorsque le dommage est le résultat de la seule faute personnelle du praticien médical : le seul fait que celle-ci ait été commise à l'occasion du fonctionnement du service public hospitalier engage la responsabilité de ce dernier.

⁴⁸ CE, 28 décembre 2001, AJDA, 2002, p. 359, concl. Rémy SCHWARTZ.

⁴⁹ TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, Rec. CE, 1873, p. 117.

⁵⁰ CE, 3 février 1911, *Anguet*, Rec. CE, 1911, p. 146.

⁵¹ CE, 26 juillet 1918, *Lemmonier*, Rec. CE, 1918, p. 761, concl. Blum.

Dans ces deux cas de cumul, la victime peut exercer un choix entre juridiction administrative et juridiction judiciaire. Des actions récursoires sont possibles, soit de la part du praticien envers l'établissement public de santé soit l'inverse⁵². L'exception à la responsabilité hospitalière administrative n'est pas seulement issue de la faute personnelle du praticien mais aussi Celle-là peut résulter de la nature même du système du service public hospitalier.

B. Les « îlots » de droit privé au sein du service public hospitalier

Depuis toujours, la question de l'activité libérale à l'hôpital public est une polémique en France. D'abord, cette activité fut créée par l'ordonnance du 11 décembre 1958⁵³ complétée par le décret du 24 septembre 1960, dans le but d'attirer à l'hôpital public des praticiens de qualité en leur accordant une garantie de revenus proches de ceux qu'ils auraient dans le secteur privé. Puis, en 1981, la médecine libérale à l'hôpital public pour des raisons plus idéologiques qu'économiques a été supprimée par la loi du 28 octobre 1982⁵⁴. Ensuite, lors du retour de la droite au pouvoir par les élections législatives de 1986, le secteur privé à l'hôpital public a été rétabli par la loi du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social.

Aujourd'hui, malgré la tendance vers l'unification de droit médical surtout depuis la loi « Kouchner » en 2002, les « îlots » de droit privé à l'hôpital public survivent obligeant le juge administratif saisi dans chaque requête de responsabilité hospitalière d'examiner l'origine du préjudice subi par le demandeur pour décider s'il est compétent ou non. Ces « îlots » de droit privé sont illustrés par les activités libérales des praticiens statutaires à l'hôpital public et les recherches biomédicales (I), ainsi que, par les cliniques ouvertes (II).

I. Les activités libérales des praticiens statutaires à l'hôpital

Au Liban, ce type d'activité n'existe pas parce que la plupart des médecins travaillant dans les hôpitaux publics sont contractuels. Ils ne sont donc pas obligés de travailler exclusivement dans l'hôpital avec lequel ils ont un contrat à plein temps ou partiel. D'après la loi du 24 juillet 1996 relative à la création des établissements publics pour gérer les hôpitaux du ministère de la santé publique⁵⁵, les médecins travaillant à l'hôpital public sont divisés en

⁵² CE, 28 juillet 1951, *Laurelle et Delville*, Rec. CE, 1951, p. 464.

⁵³ Ordonnance n° 58-1198 portant réforme de la législation hospitalière, nommée « Réforme Debré ».

⁵⁴ Par le premier gouvernement socialiste de 1981.

⁵⁵ Loi libanaise n° 544 du 24 juillet 1996 modifiée par la loi n° 602 du 28 février 1997. Il est utile d'indiquer qu'en 1978 une loi mise en œuvre par un décret n° 1536 du 25 novembre 1978 a prévu la création des

trois catégories⁵⁶ : premièrement, les médecins statutaires nommés dans une fonction prévue dans le cadre de l'hôpital (tels que les chefs de services, les médecins d'anesthésie et de réanimation et les médecins généralistes). Cette catégorie des médecins statutaires est obligée de travailler exclusivement dans l'établissement où ils sont nommés⁵⁷, et ils sont interdits de pratiquer un travail à l'extérieur, sans avoir le droit de pratiquer une activité médicale libérale à l'intérieur. La deuxième catégorie est représentée par les médecins contractuels à plein temps et la troisième est constituée des médecins contractuels à temps partiel. Au Liban, on ne peut donc pas parler d'activité médicale libérale à l'hôpital public telle qu'il est prévu en France dans les articles de L. 6154-1 jusqu'à L. 6154-7 du Code de la santé publique.

Dès lors que l'intérêt du service public hospitalier n'y fait pas obstacle, en France, les praticiens statutaires exerçant à temps plein dans les établissements publics de santé, et eux seuls, sont autorisés à exercer une activité libérale, pour une durée ne pouvant pas excéder 20 % de leur durée de service hebdomadaire. Cette activité s'exerce exclusivement au sein des établissements dans lesquels les praticiens ont été nommés, et à la condition que ces derniers exercent une activité de même nature dans le secteur hospitalier public. Les modalités d'exercice de cette activité font l'objet d'un contrat conclu entre le praticien et l'établissement public de santé. L'hôpital fournit les prestations hôtelières et si nécessaire du personnel non médical.

À ce titre et pour cette part de la prise en charge, le patient est bien considéré comme avoir conclu avec le médecin hospitalier un contrat de droit privé dans les mêmes conditions qu'il le ferait en clinique privée⁵⁸. De ce fait, le praticien hospitalier exerçant une activité libérale a pour obligation de souscrire une assurance individuelle le garantissant de façon illimitée sa responsabilité personnelle. En revanche, l'hôpital, en tant qu'établissement public, peut être rendu responsable, devant le juge administratif, des dommages subis par de tels malades lorsqu'ils ont pour cause un mauvais fonctionnement résultant soit d'une mauvaise

établissements publics dans les régions pour gérer les hôpitaux publics. Mais les événements de la guerre civile au Liban ont fait obstacle à l'exécution de cette Loi, et les établissements publics de santé n'ont jamais vu le jour. La loi du 24 juillet 1996 a abrogé tous les dispositifs de la loi du 1978 et les textes postérieurs sur lesquels ils sont fondés.

⁵⁶ Article 49 du décret n° 12255 du 21 mai 1998 relatif au règlement des agents publics et des contractuels dans les établissements qui gèrent les hôpitaux publics.

⁵⁷ Article 54 du décret n° 12255 du 21 mai 1998.

⁵⁸ L'équivalent à l'hôpital privé au Liban.

installation des locaux, soit d'un matériel défectueux, soit d'une faute commise par un membre du personnel auxiliaire de l'hôpital mis à la disposition des médecins⁵⁹.

En outre, en France, la responsabilité résultant de la recherche biomédicale se présente comme une exception au principe de la responsabilité administrative à l'hôpital public et de la compétence de la juridiction administrative, par application de la loi cette fois-ci. C'est la loi n° 806 du 9 août 2004 qui a attribué au tribunal de la grande instance la compétence exclusive en matière de responsabilité résultant de la recherche biomédicale.

L'alternance droit public-droit privé concerne aussi une pratique très fréquente au Liban celle des « cliniques ouvertes ».

II. Les cliniques ouvertes

Depuis l'arrêt de principe dans la jurisprudence française⁶⁰ « *Hôpital de Pont-à-Mousson* », il est en effet admis que « *les rapports qui s'établissent entre les malades admis en clinique ouverte, et les médecins, chirurgiens, spécialistes auxquels ils font appel, et, qui peuvent appartenir ou non au corps médical hospitalier, relèvent du droit privé ; que l'hôpital dans lequel fonctionne une clinique ouverte ne saurait, dès lors, être rendu responsable des dommages qui peuvent être causés aux malades par ladite clinique lorsque ces dommages trouvent leur origine dans des agissements prétendument fautifs, imputés au médecin, chirurgien, spécialiste auxquels ces malades se sont confiés* ». De la sorte, « *la responsabilité de l'hôpital ne peut, en cas de dommages survenus aux malades soignés en clinique ouverte, être engagée qu'au cas où il est établi que ces dommages ont pour cause un mauvais fonctionnement du service public résultant soit d'une mauvaise installation des locaux, soit d'un matériel défectueux, soit d'une faute commise par un membre du personnel auxiliaire de l'hôpital mis à la disposition du praticien opérant en clinique ouverte* ». Ce type d'activité a récemment été reformulé en France par l'ordonnance du 24 avril 1996 qui a fixé les conditions dans lesquelles les centres hospitaliers autres que les centres hospitaliers régionaux peuvent être autorisés, par l'agence régionale de l'hospitalisation⁶¹, à créer et faire fonctionner des structures d'hospitalisation particulières prévues par la législation hospitalière

⁵⁹ CE, 9 juillet 1969, *Époux Mathieu*, Rec. CE, 1969, p. 364 ; TC, 31 mars 2008, *Mme Guillot / D. Charvin et CHU de Voiron*, n° 3616, Inédit au recueil Lebon.

⁶⁰ CE, 4 juin 1965, *Hôpital de Pont-à-Mousson*, Rec. CE, 1965, P. 351.

⁶¹ Mise en place lors de la réforme dite « Juppé » de l'assurance-maladie par l'ordonnance du 24 avril 1996, les ARH ont laissé la place le 1^{er} avril 2010 aux agences régionales de santé voulues par la loi Hôpital, patients, santé et territoire.

française depuis 1943⁶² et couramment dénommées « Cliniques ouvertes ». Ces structures sont organisées de telle sorte que les malades à titre payant peuvent faire appel aux médecins, chirurgiens, spécialistes de leur choix autres que ceux exerçant leur activité à titre exclusif dans l'établissement public de santé. Au Liban, ce mécanisme est très fréquent et bien installé. Il est autorisé aux médecins contractuels d'exercer des activités médicales et chirurgicales à l'intérieur de l'hôpital public⁶³.

Ce panorama de différentes relations juridiques, malgré l'unification du droit de la responsabilité médicale en France, a des conséquences bien évidentes au niveau du statut de la relation médecin-malade, contractuelle dans le secteur privé et statutaire dans le secteur public, ainsi qu'au niveau de la nature de la responsabilité médicale.

Malgré ces exceptions, la responsabilité administrative à l'hôpital public est bien le principe qui dirige le droit applicable, Au Liban comme en France, à chaque fois que le juriste se trouve devant une affaire dans laquelle plusieurs éléments, de droit privé et de droit public, interviennent, il convient de discriminer pour assurer la bonne solution aux affaires soumises à une juridiction pour prendre en compte toutes les conditions de l'acte médical causant les préjudices subis par la victime.

Reste à s'interroger sur les évolutions qu'a connu le droit commun de la responsabilité hospitalière.

Section 2. Évolutions des éléments du droit commun de la responsabilité hospitalière

Le schéma traditionnel de toute responsabilité implique qu'un préjudice a été subi par la victime qui en réclame réparation au prétendu responsable. La responsabilité administrative n'y déroge pas. Elle suppose que celui qui demande une indemnité a subi une atteinte à un élément de son patrimoine ou à l'un de ses droits. La mise en œuvre de la responsabilité hospitalière passe tout d'abord par la détermination du préjudice réparable (§.1), ainsi que, par le lien de causalité entre l'acte dommageable et le préjudice subi (§. 2), quel que soit le principe sur lequel cette responsabilité hospitalière est fondée. Le fait générateur du préjudice médical a connu beaucoup de mutations tant jurisprudentielles que législatives qui méritent

⁶² DUPONT Marc et autres, *Droit hospitalier*, op. cit. p. 558.

⁶³ Art. 53 du décret n° 12255 du 21 mai 1998 relatif au règlement des agents publics et des contractuels dans les établissements qui gèrent les hôpitaux publics.

d'être étudiées dans un autre chapitre à part. Cette question soulève les fondements sur lesquels la responsabilité hospitalière peut être engagée. Ces derniers ont eu des évolutions jurisprudentielles majeures dans les années 90. La raison qui nous a amené à les consacrer la totalité du premier titre de la deuxième partie.

§1. Le préjudice

La notion de préjudice n'est guère analysée en doctrine, tant son appréhension paraît relever du bon sens juridique⁶⁴. Le préjudice est d'ailleurs souvent confondu avec le dommage, et dans sa quasi-totalité, la doctrine emploie les deux termes comme synonymes, mais cette confusion n'est peut être pas sans limites. Il faut entendre par préjudice toute incidence négative sur les droits, les intérêts ou les prérogatives d'une personne. Cette incidence découle d'un événement qui est le fait dommageable, lequel produit le dommage. En matière médicale, si l'on prend l'exemple d'une opération chirurgicale provoquant la paralysie du malade, il est clair que le fait dommageable est constitué par l'acte médical aboutissant à ce résultat, et le dommage la paralysie. Le préjudice sera moins immédiatement déterminé en fonction des dépenses qui devront être prises en charge pour assurer une assistance continue à la victime, des sommes qui compenseront les pertes de revenus qu'il subit s'il avait une activité professionnelle, des troubles dans les conditions d'existence qu'il connaît ou encore des souffrances physiques qu'il a éprouvées. Le préjudice, a les conséquences du dommage, et celles-ci varient en fonction de paramètres subjectifs, c'est-à-dire propres au sujet de droit qui l'endure.

Il est constant dans la jurisprudence administrative que le préjudice invoqué par le demandeur d'indemnité ne peut être retenu par celle-ci, tant libanaise que française, que si, d'une manière générale, ce préjudice est réel et certain⁶⁵, direct⁶⁶ et personnel⁶⁷. Le juge administratif français a réussi à assouplir et à adapter, en matière de responsabilité hospitalière, ces caractères exigés dans le but de répondre à des situations dramatiques dans lesquelles certaines victimes s'étaient trouvées.

⁶⁴ PAILLET Michel, *La responsabilité administrative*, Paris : Dalloz, 1996, p. 193.

⁶⁵ CE, 10 février 1993, *Ministre de la solidarité nationale c/ Wagner*, Rec. CE, 1993, Tables, p. 1027.

⁶⁶ CE, 12 mai 1986, *Fritel*, RDP, 1987, p. 255 ; CAA Bordeaux, 30 décembre 1992, *Ministre de l'industrie et du commerce intérieur*, Rec. CE, 1992, Tables, p. 1302.

⁶⁷ CE, 24 novembre 1989, *J.-F. Khan*, RDP, 1990, p. 1192.

La condition du préjudice en matière médicale est l'un des axes, avec la faute et le lien de causalité, par lequel le juge administratif a transformé la responsabilité hospitalière en une responsabilité administrative spécifique. Il est donc utile, sans étudier les caractères, les conditions et les notions traditionnelles du préjudice, de présenter les dernières tendances de la jurisprudence administrative en matière du préjudice médical par l'évolution de notion de naissance non désirée (A) et de perte de chance (B).

A. La naissance non désirée

L'action pour naissance préjudiciable soulève de nombreux débats et des problèmes juridiques délicats. La faute engendre, dans une telle hypothèse, des conséquences singulières illustrées par la naissance d'un enfant non désiré. La question est alors de savoir si une telle naissance peut être considérée comme un préjudice indemnisable. Pour trancher cette question, le droit appréhende un problème dont la dimension éthique est particulièrement importante. Classiquement, la mise en jeu de la responsabilité exige une faute, un préjudice et un lien de causalité entre le préjudice et la faute. Si la question de la faute présente un intérêt certain, nous la traiterons postérieurement. Dans les lignes suivantes, nous aborderons la question du préjudice laquelle, depuis toujours, en matière de naissance non désirée, est un sujet polémique.

En France, les juges civil et administratif ont progressivement admis ce type d'action et accepté, sous conditions, d'accorder une indemnisation aux parents et à l'enfant lui-même pour le juge judiciaire. Le législateur français est intervenu avec la loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner pour mettre un terme à cette jurisprudence. Cependant, le dispositif actuel n'est pas totalement clarifié et laisse subsister le doute quant aux solutions jurisprudentielles.

D'abord, une position de principe a été affirmée par les deux juridictions suprêmes françaises de l'ordre administratif et judiciaire. La naissance d'un enfant ne peut pas être, par elle-même, constitutive d'un préjudice. Le Conseil d'État jette les bases d'une jurisprudence par l'arrêt *Mlle Riou* dont les incertitudes ne seront levées qu'avec l'arrêt *Quarez* en 1997⁶⁸. Au début des années 80, le juge administratif français a bien tranché dans le sens que « *la naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès, en vue de l'interruption d'une grossesse [...] n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à*

⁶⁸ Cité postérieurement.

ouvrir à la mère un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cette intervention a eu lieu »⁶⁹, aussitôt assorti d'une dérogation dans le même arrêt, « à moins qu'existent, en cas d'échec de celle-ci, des circonstances ou une situation particulières ». Le commissaire du gouvernement à l'époque, Michel Pinault, dans ses conclusions sur l'arrêt *Riou* de 1982, invoque deux catégories de circonstances particulières. La première recouvrait le cas, qualifié par lui « d'évident », où l'enfant est handicapé, mentalement ou physiquement, à sa naissance. La seconde recouvrait les cas où la naissance de l'enfant est « à l'origine d'un incontestable préjudice » et il invoque à ce propos les hypothèses de viol ou d'inceste ainsi que les cas où la naissance de l'enfant survient dans un cadre particulièrement défavorisé et constitue, alors, une cause supplémentaire de déséquilibre⁷⁰. Le Conseil d'État n'avait pas suivi son commissaire, surtout sur cette deuxième catégorie, écartant par là, implicitement nous semble-t-il, toute indemnisation dans ce genre de circonstances, ou, tout au moins, limitant très largement les possibilités à ce titre.

En second lieu, l'ambiguïté persiste bien que le Conseil d'État ait accepté dans son arrêt *Mme Karl*⁷¹, pour la première fois, de donner une réponse affirmative si le handicap dont un enfant est atteint à sa naissance constitue, comme le pensait Michel Pinault, un préjudice indemnisable. La demande de Mme Karl se présente ainsi : âgée de 19 ans et célibataire à l'époque, elle avait été admise à l'hôpital en décembre 1980 pour y subir une interruption volontaire de grossesse. Trois semaines plus tard, il fut constaté que la grossesse se poursuivait et que la précédente intervention avait échoué. L'intéressée demanda alors à subir une nouvelle intervention qui fut refusée car le délai de dix semaines prévu par la loi était expiré. Le 14 mai 1981, Mme Karl accouchait d'un enfant de sexe masculin qui présentait une absence totale de membre inférieur droit ainsi qu'une excroissance charnue de l'autre membre, qui fut excisée par la suite.

Cette solution, dégagée à propos d'un handicap physique constaté dès la naissance, nous paraît pouvoir être étendue à tous les cas où un handicap, qui se manifeste dès la naissance ou après celle-ci, peut être imputé directement aux manipulations effectuées lors de l'intervention. Mais il sera en revanche, plus délicat de dire si des troubles mentaux ou encore des séquelles de lésions internes, surtout lorsqu'elles apparaîtront après la naissance, sont

⁶⁹ CE, ass. 2 juillet 1982, *Melle Riou*, AJDA, 1983, p. 206.

⁷⁰ CE, ass. 2 juillet 1982, *Melle Riou*, Rec. CE, 1982, p. 266, concl. Michel Pinault.

⁷¹ CE, 27 septembre 1989, *Mme Karl*, AJDA, 1989, p. 776, obs. E. Honorat et É. Baptiste.

imputables à l'intervention effectuée pour interrompre la grossesse ou, au contraire, à un mauvais déroulement de la grossesse, voire à des problèmes rencontrés lors de l'accouchement.

Ces incertitudes de la jurisprudence administrative ne seront levées qu'avec l'arrêt *Quarez*⁷² à l'époque où les juristes s'interrogent sur la question de l'indemnisation du préjudice subi par un enfant né handicapé lorsque le médecin a commis une faute en ne décelant pas ce handicap in utero, pas seulement pour la mère mais aussi pour l'enfant lui-même. Dans les faits, Mme Quarez, âgée de 42 ans et qui était dans la dix-septième semaine de sa grossesse a subi, à sa demande, au service de pathologie cellulaire et de génétique du centre hospitalier régional de Nice, une amniocentèse afin qu'il soit procédé à un examen chromosomique des cellules du fœtus qu'elle portait. Alors que cet examen n'avait révélé aucune anomalie, elle a donné naissance à un enfant atteint d'une trisomie 21. Le Conseil d'État a engagé la responsabilité de l'établissement de santé à cause du fait que le service de pathologie cellulaire et génétique s'est borné à annoncer à Mme Quarez que l'examen auquel il avait procédé « *n'avait révélé aucune anomalie détectable par les moyens actuels* » et que celle-ci n'ait pas été informée du fait que les résultats de cet examen, compte tenu des conditions dans lesquelles il avait été conduit, pouvaient être affectés d'une marge d'erreur inhabituelle.

Dans le cas d'espèce, le raisonnement du juge s'appuie sur le fait que si l'incertitude affectant les résultats de l'amniocentèse avait été pris en compte, Mme Quarez aurait fait réaliser une nouvelle amniocentèse, cette dernière aurait révélé les anomalies génétiques du fœtus, selon les circonstances et les faits dans lesquels la mère était, celle-ci aurait alors eu recours à une interruption volontaire de grossesse. Il nous semble ici que le juge administratif a utilisé la théorie de la perte de chance, préjudice probable, terme particulièrement impropre en la matière, pour admettre l'indemnisation des parents à la suite d'une erreur de diagnostic ayant privé la mère de la possibilité de choisir de recourir à une interruption volontaire de grossesse.

Cette théorie explique l'indemnisation des parents de l'enfant né handicapé et pas l'enfant lui-même. Bien naturellement, on ne peut pas prétendre la perte de chance pour l'enfant

⁷² CE, sect. 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice/ Époux Quarez*, AJDA, 1997, p. 480.

quand il est incapable de choisir. Si le Conseil d'État français a affirmé que la vie ne peut en aucun cas être considérée comme un préjudice pour la personne elle-même, cette position a été affaiblie par l'affirmation selon laquelle la vie d'une personne humaine peut être considérée comme un préjudice pour une autre personne humaine⁷³.

Quelques années plus tard, la juridiction judiciaire a eu l'occasion de préciser sa position en matière de vie préjudiciable, sujet faisant polémique à l'époque. Lors de l'exercice des actions de vie préjudiciable, la demande de réparation est également engagée par les parents au nom de leur enfant. Dans ces hypothèses, la question soulevée est de savoir si l'enfant peut être indemnisé personnellement, en son nom propre, pour le préjudice résultant de sa naissance. La lecture de l'arrêt incite à penser que le Conseil d'État refuse de reconnaître que la naissance d'un enfant handicapé est, pour celui-ci, une source de préjudice. Mais il a été souligné que le préjudice des parents intègre les charges matérielles afférentes aux soins de l'enfant, sous forme de rente. Cette solution adoptée par le juge administratif français semble aboutir, par des voies détournées, à inclure l'indemnisation de l'enfant dans l'indemnisation accordée aux parents.

La position de la Cour de cassation a été plus claire, quoique largement critiquable, que celle du Conseil d'État. Dans l'affaire « Perruche »⁷⁴, le juge judiciaire a admis l'indemnisation directe du préjudice de l'enfant de manière explicite « *dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interruption sa grossesse 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* ». En effet, le préjudice est analysé en deux temps : la faute du médecin est d'abord la source d'un dommage pour la mère, qui est empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; elle est ensuite à l'origine d'un dommage pour l'enfant, résultant du handicap dont il est atteint. Une telle analyse, selon une partie de la doctrine⁷⁵, implique *a contrario* que si la mère, avertie de la malformation du fœtus, choisit de poursuivre sa grossesse, le préjudice de l'enfant est inexistant.

⁷³ Bertrand Mathieu, note sous l'arrêt *Quarez* du Conseil d'État, RFDA, mars-avril 1997, p. 382.

⁷⁴ Cass. Civ. ass. Plén. 17 novembre 2000, *Perruche*, JCP éd. G., 2000, II, 10438, rapport Pierre SARGOS, note François CHABAS.

⁷⁵ VIALLA François (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, 2009, p. 462.

Contrairement à cet avis précédent, nous pensons qu'une telle position de la part de la Cour de cassation suppose que celle-ci imagine qu'un enfant, atteint d'une malformation grave, décelable dès avant sa naissance, puisse mettre en cause la responsabilité de ses parents : si les parents refusent de se soumettre à des tests ou à des examens disponibles, alors qu'ils se trouvent dans une situation présentant, un risque génétique pour l'enfant à naître, ou bien encore si la mère refuse, en connaissance de cause, de recourir à un avortement alors que son enfant est atteint d'une affection grave et incurable. En effet, la vie d'un enfant gravement handicapé est considérée comme un préjudice pour lui-même et il y a nécessairement, un lien de causalité directe entre la décision de ses parents et ce préjudice. L'avortement serait alors devenu, dans certains cas, non plus une faculté, ni même un droit, mais, de fait, une obligation.

Après la loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner, les jurisprudences judiciaires et administratives sont changées il n'est plus nécessaire d'évoquer à nouveau la problématique de l'indemnisation des préjudices liés à la naissance d'un enfant handicapé suite à une faute médicale⁷⁶. Le contenu de l'article premier de la loi du 4 mars 2002, abrogé par la loi du 11 février 2005⁷⁷ pour devenir l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, prévoit que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance [...] Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est 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 peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale* »⁷⁸. La nouvelle situation génère deux types de préjudices l'un subi par les parents et l'autre par l'enfant lui-même.

⁷⁶ Sauf à poser la question de la constitutionnalité de cette loi.

⁷⁷ Loi française n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO, n° 36, 12 février 2005.

⁷⁸ Le Conseil d'État a tranché dans le sens de non compatibilité de cet article avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; il a considéré 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, les dispositions de cet article ont 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 : CE, 24 février 2006, *M. et Mme Levenez*, Rec. CE, 2006, p. 84. Selon l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une

Dès la première mise en œuvre de l'article premier de la loi du 4 mars 2002, est apparue dans le même ordre juridictionnel, une certaine ambiguïté autour de la disposition de l'article premier de la loi Kouchner. L'une concerne la nature du préjudice indemnisable et l'autre ressort de la qualification de la faute caractérisée selon cette dernière loi. Par rapport à la première ambiguïté, le Conseil d'État dans son arrêt du 19 février 2003⁷⁹ a qualifié le préjudice des parents de « préjudice propre » tandis que la cour administrative d'appel de Paris a qualifié le même préjudice, dans la même affaire, comme « préjudice moral ». Il règne à l'évidence sur la question un flou juridique que le juge administratif français ou judiciaire devra dissiper. À cet égard, il ne fait pas de doute que le préjudice des parents fait référence au préjudice moral qui était au demeurant clairement visé dans les débats parlementaires⁸⁰.

La deuxième ambiguïté ressort du texte de l'article premier de la loi Kouchner concernant la condition prévue par le législateur français pour mettre en cause la réparation du préjudice propre des parents. Celle-là est illustrée par la faute caractérisée, une nouvelle notion inconnue auparavant en droit de la responsabilité hospitalière. Cette notion sera abordée plus tard en traitant de la faute comme fondement de la responsabilité hospitalière.

Pour conclure en la matière, le principe consacré dans l'article premier de la loi du 4 mars 2002 semble mal rédigé. En effet, lorsque la Cour de cassation a admis l'indemnisation de l'enfant, elle n'a pas réparé la naissance, mais bien naturellement celui issu du handicap. Cette solution n'est pas remise en cause par la loi, qui ne fait pas mention du handicap mais de la seule naissance. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé que la compensation actuelle au titre de la solidarité nationale est très limitée et incertaine⁸¹.

Désormais avec la loi de 2005, on ne peut étendre au dispositif pérenne de la loi du 4 mars 2002 le constat fait par la Cour de cassation en 2006 et en 2008 sur l'insuffisance du dispositif antérieur à la mise en œuvre de la prestation de compensation⁸². En effet, la logique, qui a

action en responsabilité, c'est à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens.

⁷⁹ CE, 19 février 2003, *M et Mme Maurice/AP-HP*, AJDA 2003, p. 854, note Maryse DEGUERGUE.

⁸⁰ Patrick MISTRETTA, *Que reste-t-il de l'indemnisation des parents d'un enfant né handicapé ou commet le droit devient-il chaotique ?*, JCP éd. G. 2003, II, 10107.

⁸¹ CEDH, gr. ch., 6 octobre 2005, *Lionel et Christine Draon / France et Didier et Sylvia Maurice / France*, Rec. des arrêts et décisions de la CEDH 2005 IX.

⁸² Cass. Civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, Bulletin civ. 2006, I, n° 30, p. 28 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2008, *Époux L. c/ D. et autres*, Bulletin civ. 2008, I, n° 190.

présidé à l'instauration de la prestation de compensation adoptée en 2005 et entrée en vigueur en janvier 2006, est de compléter un régime forfaitaire d'allocations par un dispositif de compensation en fonction des besoins du handicap. On ne pourrait plus dire que le dispositif actuel constitue un « *mécanisme de compensation forfaitaire sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale* »⁸³.

Cependant, la jurisprudence n'a pas hésité à utiliser une « fiction juridique » pour réparer le préjudice probable contrairement à la règle générale qui confirme qu'un préjudice doit être certain pour être indemnisable.

B. La perte de chance

Tout d'abord, il est utile de dire que la théorie de la perte de chance a été créée en 1889 par la juridiction judiciaire à l'occasion d'une action en responsabilité civile à l'encontre d'un avocat, celui-ci ayant privé son client de la possibilité d'exercer un recours contentieux⁸⁴. En matière de responsabilité hospitalière en France, c'est le juge administratif qui, le premier, a fait référence à la notion de perte de chance, par l'arrêt du Conseil d'État du 24 avril 1964⁸⁵. Il s'agissait d'une requête au terme de laquelle la responsabilité de l'hôpital de Voiron a été engagée en raison du défaut de surveillance du patient, parce que le personnel de service n'ait ni prêté l'attention qu'ils méritaient aux avertissements de la famille de l'intéressé sur l'état du blessé ni alerté assez tôt le chirurgien qui avait pratiqué l'intervention, ce qui avait compromis les chances de celui-ci d'éviter l'amputation d'une de ses jambes.

En d'autres termes, il est clair que la jurisprudence administrative a admis une faute laquelle peut induire une perte de chance de guérison. Cela reste cependant hypothétique car on ne saura jamais si le malade allait véritablement guérir. Une telle solution suscite la réprobation d'un point de vue purement théorique, puisque toute responsabilité suppose la preuve d'un lien de causalité entre le fait et le dommage. En l'espèce, la théorie de la perte de chance a permis de rétablir le lien de causalité sans se prononcer sur la certitude du préjudice. Il convient donc de s'interroger sur la notion de perte de chance, surtout en matière de la responsabilité hospitalière, et sur ses évolutions favorisant l'indemnisation des victimes des accidents médicaux.

⁸³ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2008, *Époux L. c/ D. et autres*, précitée.

⁸⁴ Cass. req., 17 juillet 1889, Sirey, 1891, I, p. 399 cité par François VIALLA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, p. 632.

⁸⁵ CE, 24 avril 1964, *Hôpital-hospice de Voiron*, Rec. CE, 1964, p. 259.

I. La perte de chance : entre lien de causalité distendu et préjudice de nature particulière

La perte de chance doit revêtir les traits d'un préjudice spécifique, un préjudice hypothétique pour faciliter la réparation de la victime, à part entière. Il s'agit alors de bien distinguer la perte d'une chance d'éviter le dommage et le dommage lui-même. Il ressort de la jurisprudence, surtout judiciaire, que le juge est obligé de préciser que l'indemnisation accordée correspond bien à la perte de chance⁸⁶ et la Cour de cassation censure sévèrement les juges du fond qui n'opéreraient pas une telle différenciation. Elle revêt donc les caractères d'un dommage *sui generis*⁸⁷.

La jurisprudence française, tant administrative que judiciaire, se refuse à indemniser le préjudice éventuel, et la réparation de la perte d'une chance ne contrevient nullement à cette solution de principe⁸⁸. Le préjudice éventuel ne peut donner lieu à réparation, tant que l'éventualité n'a pas acquis valeur de certitude. Certains commentateurs pensent que l'existence de la chance est en principe certaine, et c'est la réussite qui apparaît incertaine⁸⁹. La spécificité de la perte d'une chance impose de distinguer, à partir d'un même fait générateur de responsabilité, deux relations causales distinctes. Cette situation se rencontre particulièrement dans le domaine médical, où l'absence de lien de causalité entre la faute et le préjudice final ne l'empêche pas d'exister entre le fait dommageable et la perte de chance⁹⁰.

Il est explicitement déclaré par la Cour de cassation en 1990⁹¹, et affirmé en 2006⁹² que « *le préjudice subi du fait d'un manquement au devoir d'information est totalement autonome et doit être détaché du préjudice corporel qui ne peut être que le résultat d'un aléa thérapeutique [...] Attendu cependant, que dans le cas où un défaut d'information a fait perdre au patient la chance d'échapper au risque qui s'est réalisé [...]* ». En la matière, le Doyen SAVATIER considère que « *dans telle affaire, nous avons constaté une négligence du médecin, un accident, mais nous ne sommes pas sûrs que la négligence ait produit l'accident.*

⁸⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 1978, *Mandryka c/ Époux Franck et autres* Bull. civ. I, n° 167.

⁸⁷ LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Le droit du dommage corporel*, Dalloz 1996, n° 597.

⁸⁸ TACCHINI-LAFOREST Valérie, « *Réflexions à propos de la perte de chances* », LPA 1999, n° 142, p. 7.

⁸⁹ LECOURTIER Pierre, *La perte de chance*, Dalloz 1972, chronique, p. 225.

⁹⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1985, *M. Konstantinow c/ D. Manrique et autres*, Bull. civ. I, n° 298 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mars 1997, *Comité d'entreprise de la caisse régionale de crédit agricole des Pyrénées-Atlantiques c/ M. Vidiella*, Bull. Civ. II, n° 89.

⁹¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 février 1990, *M. Jugnet c/ M. Hérard et autres*, Bull. civ. I, 39, p. 30.

⁹² Cass. Civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, *Mme X. / M. Y.*, n° 05-13753, Non publié au Bulletin.

Nous apprécions donc ces chances, et nous condamnerons tout de même en fonction des doutes que nous pouvons avoir sur les causes de l'accident. Une accumulation de doutes n'est pas une certitude »⁹³.

D'ailleurs, d'autres commentateurs⁹⁴ considèrent que *« la perte de chance est, en droit strict, le préjudice certain et direct que constitue le fait, pour le malade, d'avoir été privé de la possibilité raisonnable qu'il avait de guérir ou de survivre »* même si, dans le même temps, *« l'expression (perte de chance) semble, dans une proportion importante d'arrêts, recouvrir une présomption de causalité que le juge ne veut pas exprimer formellement »*.

Il est évident que cette notion de perte de chance est empreinte d'équité et d'humanisme, surtout en matière médicale et hospitalière. Une application classique et sévère de la condition de la certitude du préjudice et du lien de causalité priverait un certain nombre de victimes d'avoir le droit à réparation du préjudice subi. Il s'agit finalement de *« l'idée d'un aménagement, au profit de la victime, au moyen de la perte de chance, de la preuve du lien de causalité entre la faute de l'établissement de santé et le dommage corporel subi »⁹⁵.*

En outre, la perte de chance a ses effets non seulement au niveau du préjudice mais aussi au plan du lien de causalité. Elle est de ce fait quelque peu dévoyée par la jurisprudence, employée à des fins étrangères à celles qui lui sont assignées, notamment dans le domaine médical, afin de lutter contre l'incertitude voire l'absence de relation causale entre la faute et le préjudice final. En cas de doute sur le lien de causalité, le juge devrait rejeter l'indemnisation de la victime. En effet, lorsqu'une faute médicale est démontrée, et qu'une altération de l'état de santé s'ensuit⁹⁶, on peut présumer un lien de causalité de nature à avoir fait perdre par cette faute une chance au patient d'améliorer son état⁹⁷. Mais en ayant recours à la perte d'une chance, il s'abstient de porter une appréciation sur cette relation causale discutable. Sans oublier, bien souvent, la faute qui joue un certain rôle dans la production du dommage, ainsi que d'autres facteurs notamment liés à la pathologie du malade. Ce rôle

⁹³ KAMKAR Caroline, *Les limites de la faute : Essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale*, thèse en droit, université Lyon III, 2006, p. 177.

⁹⁴ TRUCHET Didier, Répertoire responsabilité de la puissance publique, Dalloz, Hôpitaux, (responsabilité des services hospitaliers), septembre 2005, n° 258 et 252.

⁹⁵ PUISSEVER F., « *L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière : une tentative d'unification* », RFDA 2008, p. 1036.

⁹⁶ En l'espèce « syndrome de détresse respiratoire ayant entraîné le décès ».

⁹⁷ Cass., civ., 1^{ère}, 14 octobre 2010, *Consorts X.*, n° 09-69195, Bull. 2010, I, n° 200.

devrait suffire pour le juge pour engager la responsabilité de l'établissement de santé sur le fondement de la perte de chance.

II. Les évolutions de la perte de chance au niveau de la juridiction administrative

La notion de « perte de chance » est bien connue en droit administratif. Ainsi, dans le domaine de la fonction publique, le candidat à un concours auquel est refusé le droit de se présenter est réputé, s'il démontre une illégalité de l'administration, avoir « perdu une chance » de réussir ce concours. Son préjudice n'est pas constitué par l'absence d'entrée dans la fonction publique, mais simplement par la perte d'une opportunité, plus ou moins réelle, de réussir. Il en va de même dans le droit des marchés publics lorsqu'une entreprise a été illégalement évincée de la procédure de passation du contrat.

En droit de la responsabilité hospitalière, cette notion était initialement prise en compte par le juge au niveau de la qualification du lien de causalité. Ainsi, le fait générateur à l'origine de la perte de chance ne pouvait être regardé comme à l'origine directe du dommage puisque, par exemple, un défaut d'information n'a, en tant que tel, jamais provoqué d'accident médical, résultat d'une décision malencontreuse prise sur le fondement d'une information incomplète. C'est pourquoi on a pu parler de lien de causalité distendu.

Pendant quelque temps, la théorie de la perte de chance était liée à un manquement à l'obligation d'information du médecin et de consentement du patient aux soins prodigués. La jurisprudence administrative a évolué. Mais un certain nombre de situations ont pu conduire à la perte de chance de survivre ou de guérir pour l'utilisateur, cette fois-ci, suite à une erreur médicale. Il peut s'agir, d'un retard⁹⁸ ou de négligences⁹⁹ dans l'administration des soins. Ou encore de retard ou d'erreur de diagnostic¹⁰⁰, ou d'ordre thérapeutique¹⁰¹. On peut donc distinguer en matière de perte de chance deux catégories, la première concerne la perte de chance suite à un manquement d'information et la deuxième suite à une faute médicale technique qui a compromis la chance du patient d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation.

⁹⁸ CE, 7 janvier 1976, *Lederer*, RDP 1976, p. 932.

⁹⁹ CE, 4 août 1982, *Hôpital civil de Thann*, Rec. CE, 1982, Tables, p. 741.

¹⁰⁰ CE, 18 novembre 1966, *Consorts Gojat*, Rec. CE, 1966, p. 613.

¹⁰¹ CE, 11 décembre 1991, *AP-HP*, JCP, éd. G., 1992, IV, 753.

Pour la première catégorie, jusqu'en 2000, un défaut d'information, s'il était constitué, ouvrait droit à indemnisation à hauteur de l'intégralité du préjudice et de l'ensemble des débours de la victime. Le juge estimait que la faute était à l'origine du dommage, sans qu'il soit besoin d'entrer dans le détail. Cette construction était favorable à la victime lorsque le défaut d'information était constitué.

Dans une importante affaire, la juridiction administrative française s'est, pour la première fois, prononcée en faveur d'une indemnisation « fractionnée » du préjudice découlant de la perte de chance sans poser une équivalence entre le dommage corporel dans sa globalité et la perte de chance, dans le cas spécifique de l'obligation d'information et de recueil du consentement du patient¹⁰². Le Conseil d'État considère que le patient qui n'a pas été suffisamment informé des risques que présentait un acte médical a subi une « *perte de chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé* ». Cette fraction du dommage est fixée par référence à la probabilité d'un refus de la part du patient dans l'hypothèse où il aurait été correctement informé. Cette solution présente l'intérêt de limiter le préjudice indemnisable aux seules conséquences de la faute réellement commise par le service hospitalier. En d'autres termes, le préjudice ne se confond pas avec le dommage subi mais se limite à la perte de chance de le subir si le patient avait été suffisamment informé. Le juge combine donc, dans ce cas, pour évaluer le préjudice indemnisable, le montant du dommage subi avec la chance de l'éviter dont la victime a été privée.

En France, cette méthode est en phase avec la jurisprudence judiciaire. Le juge civil, lorsqu'il applique la théorie de la perte de chance, limite la réparation à une partie du dommage corporel. Pour la Cour de Cassation, en effet, le préjudice résultant de la faute du médecin n'est pas le dommage lui-même, mais « *la perte de 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* »¹⁰³. Le juge administratif a eu l'occasion de faire de nombreuses applications de cette méthode de calcul, qui fait de la perte de chance un

¹⁰² CE, 5 janvier 2000, 2 espèces, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Consorts Telle*, RFDA 2000, p. 641, concl. D. Chauveaux et note P. Bon.

¹⁰³ Une solution prononcée par la décision de la Cour de cassation, Cass. Civ. 1^{ère}, 7 février 1990, *M. Jugnet c/ M. Hérard et autres*, précitée ; et affirmée par, Cass. Civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, n° 05-13753, précitée.

préjudice qui ne s'ajoute pas aux autres préjudices mais se substitue à eux, et non une méthode d'appréciation du lien de causalité, pour des défauts d'information de patients¹⁰⁴.

La seule limite à l'indemnisation de la perte de chance se trouve quand la faute n'a véritablement pas fait perdre une chance de guérison ou de survie au patient, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le dommage n'était pas inéluctable, où l'intervention était vitale et où n'existait aucune alternative thérapeutique moins risquée, de sorte que la faute « *n'a pas entraîné de perte de chance pour [le patient] de se soustraire au risque qui s'est réalisé* »¹⁰⁵.

Concernant la deuxième catégorie, c'est-à-dire la perte de chance suite à une erreur médicale, nonobstant le fait que les deux ordres juridictionnels ont adopté, pendant quarante ans, la même technique pour déterminer si le patient avait été privé d'une chance sérieuse de survivre ou de guérir, il existait une différence majeure au niveau du mode de détermination des droits indemnitaires. Sous couvert du principe de réparation intégrale du préjudice subi, le juge administratif condamnait l'établissement de santé à réparer l'entier préjudice corporel.

Lorsque sont en cause des erreurs médicales ayant compromis les chances de guérison ou de survie du patient, telles que des diagnostics erronés, des interventions tardives ou des dysfonctionnements dans le service, le juge administratif a pendant longtemps refusé de transposer le mode de raisonnement applicable au défaut d'information. Il a continué à condamner l'hôpital à verser une indemnité réparant entièrement les troubles dont les patients demeuraient atteints.

Dans ce cas, le juge ne s'attachait donc pas à quantifier la chance perdue en supputant les chances de guérison et en modulant la réparation en conséquence. Il se contentait d'affirmer que les chances avaient été compromises ou ne l'avaient pas été. S'il prenait position affirmativement sur cette question, il considérait qu'il existait un lien direct entre la faute et l'infirmité ou le décès du patient et réparait intégralement les préjudices de celui-ci ou de ses

¹⁰⁴ CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 15 janvier 2001, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, Rec. CE, Tables, p. 1188 ; CE, 27 septembre 2002, *Mme N.*, Rec. CE, 2002, p. 315 ; CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 10 mars 2004, *Mme Jouvey*, n° 251594, Inédit au recueil Lebon ; CE, ass., 19 mai 2004, *CRAMIF et CPAM du Val-de-Marne c/ M. Truskowski*, Rec. CE, 2004, p. 228 ; CE sect., 1^{er} juillet 2005, *M. Strada*, Rec. CE, 2005, p. 301 ; CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 21 mars 2008, *CHU de Bordeaux*, n° 266154, www.legifrance.gouv.fr

¹⁰⁵ CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 15 janvier 2001, *Mme Courrech et autres*, Rec. CE, 2001, Tables, p. 1184 ; CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 25 octobre 2006, *Mme Thouvenel*, Rec. CE, 2006, Tables, p. 1039.

héritiers¹⁰⁶. Le juge administratif considérait donc que la perte de chance ouvrait droit, dans ces hypothèses et, sauf exception, à la réparation intégrale du préjudice subi.

Or, la jurisprudence administrative est en évolution permanente : le juge administratif sait adapter ses règles aux exigences de la société. Il a abandonné récemment la distinction entre perte de chance suite à un défaut d'information et celle qui résulte d'une erreur médicale. Le Conseil d'État a en effet affirmé dans un arrêt du 21 décembre 2007, à propos d'une erreur de diagnostic, que la perte de chance d'éviter qu'un dommage soit advenu avait le caractère d'un préjudice. Le juge administratif a motivé son arrêt très explicitement en considérant 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 a 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 doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu ; que la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue* »¹⁰⁷.

Désormais, la perte de chance sanitaire est donc regardée comme le préjudice certain et direct que constitue le fait, pour le patient, d'avoir été privé de la possibilité raisonnable qu'il avait de guérir ou de survivre¹⁰⁸. La perte de chance se définit comme la perte de l'espoir raisonnable d'un avantage futur. Le juge considère qu'il y a perte d'une chance de pouvoir pratiquer une interruption volontaire de grossesse lorsque, par suite d'une erreur du laboratoire d'analyses, un enfant atteint de mongolisme est né ; perte d'une chance d'éviter de perdre un œil, pour un patient victime d'une faute de diagnostic lors de son arrivée à l'hôpital. La jurisprudence *Centre Hospitalier de Vienne* a bien été affirmée à plusieurs

¹⁰⁶ Voir, en présence de retards dans les soins, CE, 24 avril 1964, *Hôpital-hospice de Voiron*, précité; CE, 19 mars 2003, *Centre hospitalier régional et universitaire de Caen*, Rec. CE, 2003, p. 138 ; Des erreurs de diagnostic, CE, 9 juillet 1969, *Consorts Gojat*, Rec. CE, 1969, p. 371 ; CE, 30 avril 2003, *CPAM du Havre*, Rec. CE, 2003, Tables, p. 987.

¹⁰⁷ CE, 21 décembre 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, Rec. CE, 2007, p. 546, concl. T. Oslon ; CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 21 octobre 2009, *CHG du Havre*, n° 311982, Inédit au recueil Lebon.

¹⁰⁸ CE, 18 février 2010, *M. Ludwig*, AJDA 2010, p. 362, obs. Erwan Royer : concernant de la responsabilité d'un hôpital de la perte de chance de survivre à une nouvelle opération d'un patient décédé lors d'une intervention pratiquée dans une clinique lorsque cette dernière a eu pour cause des fautes commises lors d'une précédente opération réalisée dans le centre hospitalier.

reprises¹⁰⁹. Des arrêts de cours administratives ont été censurés pour ne pas avoir recherché si la faute en cause n'avait pas fait perdre à la victime une chance d'échapper au dommage¹¹⁰.

Il faut dire qu'en vérité, le recours à l'expert est une nécessité dans un contentieux aussi technique que celui de la responsabilité hospitalière. L'homme de l'art est fréquemment sollicité pour déterminer une éventuelle faute de l'établissement de santé et évaluer le préjudice corporel global subi par le patient, ainsi que le taux de chance perdue de survie ou de guérison. Mais ceci ne prive pas le juge de son office puisqu'il conserve son pouvoir d'homologuer ou non le rapport d'expertise déposé, un mécanisme par lequel le juge administratif français s'appuie sur la théorie de la probabilité et les statistiques, souvent citées dans le rapport d'expertise, pour évaluer le montant de réparation due.

L'application de la jurisprudence *Centre hospitalier de Vienne* aux situations constituées avant son adoption a été contestée, ce qui revient à poser la question de la rétroactivité de ce changement jurisprudentiel, notamment au regard du droit au respect des biens protégé par l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'État a jugé que cette rétroactivité ne portait atteinte ni à ce droit, ni au droit au recours¹¹¹.

La jurisprudence administrative française, depuis toujours, est un instrument essentiel de développement du droit de la responsabilité médicale nonobstant l'intervention, à plusieurs reprises, du législateur français en la matière. Elle n'épargne aucun moyen pour maintenir l'équité dans la relation juridique entre le patient, en tant qu'usager, et l'établissement public de santé. Encore une fois, l'élément du préjudice joue un rôle majeur qui fait de la responsabilité du service public hospitalier, une responsabilité administrative spécifique. Mais même si cet élément est important, il n'est pas suffisant pour engager la responsabilité de l'administration. Le lien de causalité reste incontournable pour aboutir à la réparation.

¹⁰⁹ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 24 octobre 2008, *CHR d'Orléans*, Rec. CE, 2008, Tables, p. 924 ; CE, 30 mars 2011, *ONIAM / Hautreux*, n° 327669, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.fr

¹¹⁰ CE, 5^{ème} sous-section, 21 novembre 2008, *M. Bailli*, n° 298609, Inédit au recueil Lebon ; CE, 5^{ème} sous-section, 15 mai 2009, *CH de Saint-Martin*, n° 309144, Inédit au recueil Lebon ; CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 21 octobre 2009, *CHG du Havre*, Inédit au recueil Lebon, précité.

¹¹¹ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, Rec. CE, 2009, Tables, p. 870.

§2. La causalité en responsabilité hospitalière publique

À supposer même que le patient ou sa famille établisse la réalité d'un préjudice, il leur faudra encore démontrer que ce préjudice est bien directement et certainement imputable à la faute commise par le service public hospitalier, ou au fait dommageable dont le patient avait fait l'objet dans les cas de responsabilité sans faute. Il est utile à cette occasion d'éclairer les dispositifs et les conditions de cette notion juridique (A), ainsi que les moyens par lesquels le juge administratif a réussi à assouplir cette exigence juridique essentielle (B).

A. Les dispositifs du lien de causalité en responsabilité hospitalière

Le lien de causalité, dont l'appréciation dépend bien évidemment du juge de la responsabilité, soulève quant à son établissement un problème de preuve. La charge de la preuve du lien de causalité repose théoriquement sur le demandeur d'indemnité, ainsi que le postule le principe procédural *actori incumbit probatio*. Mais la rigueur du droit de la preuve est largement modérée par le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse. Le juge administratif déplace souvent le fardeau de la preuve en réclamant de l'administration qu'elle réfute les allégations du demandeur d'indemnité, en ordonnant des mesures d'instruction propres à confirmer les dires de la victime et surtout les estimations de l'expertise judiciaire.

En effet, le Conseil d'État a posé dans son arrêt *Dubouloz*¹¹² le principe que la question de l'existence d'un lien de causalité relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, à condition bien sûr que le juge du fond n'ait pas commis une dénaturation des faits¹¹³. Dans ce cas, la juridiction administrative suprême a aussi la compétence de l'appréciation du caractère direct du lien de causalité qui relève de son contrôle de la qualification juridique des faits¹¹⁴. Compte tenu de l'importance de cet élément dans le droit commun de la responsabilité administrative, le juge administratif a considéré que l'absence de lien de causalité correspond à un moyen d'ordre public qui peut être soulevé d'office¹¹⁵.

De manière générale, il n'y a pas de responsabilité de l'établissement public de santé en présence d'un dommage inéluctable, puisque ce dernier, qui se serait produit de toute

¹¹² CE, sect. 28 juillet 1993, *Dubouloz*, Rec. CE, 1993, p. 250.

¹¹³ CE, sect. 28 juillet 1993, *Ministre de la Défense c/ Stefani*, Rec. CE, 1993, p. 321.

¹¹⁴ CE, 26 novembre 1993, *SCI « Les jardins de Bibemus »*, Rec. CE, 1993, p. 327.

¹¹⁵ CE, sect. 3 janvier 1975, *Ministre de l'Aménagement c/ Époux Paya*, Rec. CE, 1975, p. 11.

manière, ne peut être considéré comme causé par une faute¹¹⁶. Cette absence de responsabilité disparaît si la faute a aggravé le dommage, ou compromis les chances de guérison¹¹⁷. Le Conseil d'État a rejeté une demande d'indemnisation dans une espèce dans laquelle l'intéressée imputait la présence d'un fragment d'aiguille d'injection, découvert en 1981 à l'occasion de l'extraction d'un abcès qui s'était formé à sa fesse gauche, aux soins qui lui avaient été administrés lors de l'une de ses hospitalisations antérieures dans l'établissement défendeur¹¹⁸. Selon le rapport d'expertise déposé, il n'a pu être établi que ce fragment d'aiguille d'injection provenait d'un matériel utilisé par le centre hospitalier régional lors des soins précités.

Dans l'affaire *Quarez*, une des questions soulevées était, à côté de la question de la vie préjudiciable, le caractère direct du lien de causalité entre la faute de l'établissement public de santé et le préjudice subi pour l'enfant né lui-même. La question était très délicate pas seulement pour son aspect juridique mais aussi pour son aspect social. Des parents demandent une amniocentèse, avec l'intention manifeste de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas de résultat défavorable. L'enfant est né atteint d'une trisomie 21. L'erreur de l'hôpital ne tient pas à une faute médicale provoquant le préjudice subi. Elle vient au fait que l'hôpital n'a pas informé les parents de la marge inhabituelle d'incertitude qui affectait l'examen. La juridiction administrative a considéré que l'origine du handicap de l'enfant était exclusivement due à son patrimoine génétique. Pour cette raison, l'hôpital a été dégagé de toute responsabilité envers l'enfant lui-même.

Une telle position a été confirmée plus tard par le législateur français, réagissant contre la position de la juridiction judiciaire dans l'affaire, bien connue, « *Perruche* ». Le Code de l'action sociale et des familles édicte dans son article L. 114-5 alinéa II que « *La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son handicap 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* ».

Dans ce contexte, on rappelle encore une nouvelle fois la difficulté de la preuve notamment en matière de responsabilité hospitalière. Le juge se trouve devant des affaires

¹¹⁶ CE, 22 février 1978, *Hôpital de Voiron*, RDP 1978, p. 1770.

¹¹⁷ CE, 23 février 1972, *Ministère de la Santé publique et de la sécurité sociale c/ Époux Boghossian*, Rec. CE, 1972, p. 166.

¹¹⁸ CE, 23 septembre 1988, *Mme Olliveau c/ CHR de Nantes*, inédit au recueil Lebon, n° 74 958.

souvent dramatiques qui demandent la juste réparation des préjudices subis par la victime. Pour permettre la réparation, il arrive donc que la juridiction administrative, en tant que juge prétorien, assouplisse la condition du lien de causalité à effet en reconstituant la chaîne de causalité à partir d'un élément fourni par le demandeur. Le caractère plausible que le fait ait entraîné le dommage peut donc, suivant les circonstances de l'espèce, permettre l'engagement de la responsabilité. Le juge administratif utilise la méthode du « faisceau d'éléments », particulièrement utile dans le domaine médical tant l'administration de la preuve du lien de causalité peut être délicate et restrictive pour les victimes.

B. La dilution de la causalité en matière de la responsabilité hospitalière

La dilution de la causalité dans le droit de la responsabilité administrative est double. D'abord, le juge administratif n'exige pas toujours de la victime une administration complète de la preuve de l'existence d'une relation de cause à effet entre le fait générateur et le dommage. Ce raisonnement permet au juge administratif de présumer, en matière de fait, une conclusion incertaine mais probable « la présomption de causalité » (I). De plus le juge administratif n'hésite pas à utiliser la théorie de causalité qui assure le mieux la réparation du préjudice subi par le patient (II).

I. La présomption de causalité

La démonstration, qui doit notamment établir que le fait de l'administration est bien la cause du dommage subi, peut néanmoins être délicate à effectuer dans certains domaines. Pour cette raison, le Conseil d'État a depuis longtemps aménagé cette exigence en accueillant parfois des indices lui permettant de conclure raisonnablement à un lien de causalité. L'une des premières décisions particulièrement révélatrices en matière de la présomption de causalité est l'arrêt « Hébert » du 14 juin 1963¹¹⁹ qui retient la responsabilité d'une commune pour fonctionnement défectueux du service à la suite d'une noyade dans une piscine municipale. Le commissaire du gouvernement à l'époque a considéré dans ses conclusions devant le Conseil d'État que les circonstances de l'espèce n'exigeaient du demandeur qu'il ne fournisse que les « premiers chaînons de la preuve ». Cette faculté ouverte à la victime de n'apporter qu'un commencement de preuve permettant de présumer la causalité se justifie par le fait qu'il n'est pas exigé de la victime de reconstruire entièrement la chaîne des faits.

¹¹⁹ CE, sect. 14 juin 1963, *Époux Hébert*, Rec. CE, 1963, p. 364, concl. MERIC.

Malgré cette évolution jurisprudentielle, la juridiction française n'a pas défini la présomption de causalité. Pour cette raison, la doctrine française a donné à la présomption de multiples définitions. Certains juristes l'entend comme « *une technique de preuve des faits, consistant en un déplacement de l'objet de la preuve d'un fait inconnu générateur du droit invoqué à un fait connu, en général voisin ou connexe* »¹²⁰.

Au niveau du service public hospitalier, notamment en France, l'affaire du sang contaminé a fait beaucoup évoluer la question du lien de causalité. Concernant la contamination par le virus de Sida, la jurisprudence a rapidement utilisé l'induction pour présumer un lien de causalité entre une transfusion et la maladie. La vraisemblance élevée que la transfusion soit à l'origine de la contamination ainsi que l'intime conviction des juges du fond permettent dès lors l'établissement juridique d'un lien de causalité dont l'existence scientifique est le plus souvent incertaine¹²¹.

En matière de contamination par le virus de l'hépatite C, les difficultés de preuve sont identiques. En 1999 la cour administrative d'appel de Marseille considère que « *ne peut être engagée envers les malades souffrant d'une hépatite C que si ces derniers apportent soit la preuve de leur contamination par les produits transfusés, soit de fortes probabilités en ce sens* »¹²². Le législateur français n'est pas loin de ce raisonnement. Il a prévu explicitement dans l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 la possibilité de présomption de causalité entre une transfusion et une contamination à condition que le demandeur apporte les éléments qui permettent de présumer que la contamination a pour origine une certaine transfusion de produits sanguins. Le Conseil d'État continue de poser la condition d'un certain degré de vraisemblance dans ses décisions en application des dispositifs de la loi dite « loi Kouchner » pour conclure à cette présomption de causalité¹²³.

¹²⁰ Françoise LORENS-FRAYSSSE, « *L'utilisation de la présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité* », LPA, 1985, p. 4.

¹²¹ CE, ass. 9 avril 1993, *M. D.*, Rec. CE, 1993, p. 110, concl. LEGAL.

¹²² CAA de Marseille 1^{ère}, 20 juillet 1999, *Santangelo*, n° 98 MA01737, Inédit au recueil Lebon ; Une telle position a été confirmée dans une autre affaire par CE, 15 janvier 2001, *AP-HP*, Rec. CE, 2001, p. 15.

¹²³ CE, 19 octobre 2011, *Vidal*, n° 339670, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr ; CE, 19 octobre 2011, *Barbier*, n° 338686, www.legifrance.gouv.fr ; CE, 10 octobre 2004, *Mme T. et autres*, AJDA, 2004, p. 230 ; CE ass. 3 mars 2004 (4 espèces), *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Mme Bourdignon ; Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Cts Botella ; Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Cts Thomas ; Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Cts Xueref*, RFDA, 2004, p. 616, concl. PRADA-BORDENAVE ; CE, 15 février 2008, *RDA*, n° 5, p. 73.

Plus récemment, par une série de décisions du 9 mars 2007¹²⁴, concernant la question du lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques, la polyarthrite et la sclérose latérale amyotrophique. le Conseil d'État a accepté, dans certaines conditions, de reconnaître un lien direct de causalité entre cette vaccination et l'apparition de certaines maladies auto-immunes, l'absence de certitude scientifique ne pouvant faire obstacle à la reconnaissance de ce lien¹²⁵.

Dans la même tendance favorable à la victime, un autre moyen jurisprudentiel cette fois-ci considéré comme un atout pour celle-ci reflète le talent du juge administratif en France comme au Liban.

II. La théorie de l'équivalence de conditions comme un atout pour les victimes

La plupart du temps, l'appréciation du lien entre un fait et un dommage ne pose guère de problèmes de méthode : il existe ou il n'existe pas. La difficulté apparaît en cas d'enchaînement de faits ayant, chacun, joué un rôle dans la survenance du dommage, et cette appréciation est particulièrement délicate lorsque ces faits sont intervenus au sein d'établissements distincts. Selon que l'on désigne la dernière cause ou plusieurs éléments qui se sont enchaînés, le poids de la réparation pèsera de manière très différente sur les uns ou les autres.

La théorie juridique a distingué, pour qualifier ces méthodes, la « causalité adéquate » ou « l'équivalence des conditions ». Pour schématiser, la première démarche privilégie le dernier des faits à l'origine directe du dommage, quand la seconde accepte de remonter plus en amont, au risque de distendre quelque peu le lien de causalité. En principe, le juge administratif ne s'inspire pas principalement de la « théorie de l'équivalence des conditions ».

La « théorie de la causalité adéquate », que le professeur Chapus qualifie de « *plus raffinée* »¹²⁶, est la plupart du temps désignée comme caractérisant le raisonnement du juge administratif, y compris car elle permet de mieux circonscrire les causes d'un dommage, sans remonter à la naissance de la victime ou à son éducation et à son milieu socio-économique, facteurs qui expliquent pourtant beaucoup dans la vie d'une personne et dans son état de santé.

¹²⁴ CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz et autres*, Rec. CE, 2007, p. 118.

¹²⁵ CE, 24 octobre 2008, *Mme M.*, Inédit au recueil Lebon, n° 305622.

¹²⁶ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Vol. I, 15^{ème} éd., Montchrestien, p. 1244.

De sa part, la Cour de cassation privilégie également une forme de proximité entre la cause et la conséquence, conformément aux implications de l'article 1151 du Code civil¹²⁷. Mais il semble, depuis quelques années, qu'elle ait adopté une lecture plus souple de ces enchaînements. La Cour de Cassation a considéré que le conducteur du véhicule qui a causé un accident ayant justifié pour la victime des transfusions à l'origine d'une contamination par le Sida est condamné¹²⁸, alors même qu'il n'est évidemment pas responsable de la présence de ce virus dans le produit transfusé.

Si en principe le système de causalité dominant chez la juridiction administrative est celui de « la causalité adéquate », rien ne peut confirmer que cette démarche soit exclusive. Parfois on voit les rapporteurs publics, commissaires du gouvernement à l'époque, adopter ce que l'on appelle la théorie des « conséquences normales »¹²⁹. La nature de la causalité utilisée au niveau de la réparation demandée et de la détermination du patrimoine endetté est très importante. Celle qui consiste à ne garder que l'élément décisif à l'origine du dommage, ou théorie de la causalité adéquate, semble au premier abord constituer le schéma le plus juste en ce sens qu'il ne prend en compte que le fait prépondérant, primordial à la réalisation du dommage.

Pourtant si le Conseil d'État utilise la causalité adéquate, il n'en est point esclave et sait, sans le dire, élargir l'enchaînement causal. Cette distension se révèle notamment dans le fait que le juge n'hésite pas, dans certains cas, à conférer la même valeur causale à tout fait en l'absence duquel le dommage final ne serait pas survenu. On comprend qu'étirer la cause du dommage vers plusieurs faits générateurs, et retenir l'équivalence des conditions dans l'appréhension de la causalité, est largement favorable à la victime : « *cette théorie est d'application facile pour le juge, qui n'a pas de grand mal à trouver un responsable* »¹³⁰.

En effet, les décisions en matière de transfusion sanguine et d'exposition à l'amiante sont très significatives de cet emploi de l'équivalence des conditions. Il est vrai que dans ces

¹²⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 4 février 1987, *Cie assurances Helvetia et autres c/ Zapha*, Bull. civ. II, n° 38, p. 21 ; L'article 1151 du Code civil prévoit que « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ».

¹²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 1993, *Masson*, Bull. civ. 1993, I, n° 80, p. 52.

¹²⁹ TRUCHET Didier, *Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers)*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 2005, p. 28.

¹³⁰ LEROY P., « *Le juge judiciaire et le lien de causalité médicale* », LPA, 1994, n° 90, p. 19.

domaines, outre l'inaction des pouvoirs publics, le fait de tiers constitue également voire principalement la cause des dommages. Ainsi, la transfusion opérée par les différents centres a concouru à la réalisation du dommage en même temps que la carence fautive de l'État à adopter une réglementation pour chauffer les lots de sang¹³¹. D'ailleurs, la responsabilité de l'État pour carence fautive ne fait pas disparaître celle de l'employeur. Considérer que le dommage est également lié aux activités de l'État, alors même que le fait d'un tiers se serait interposé entre les deux, assouplit sans aucun doute l'exigence de la causalité afin de permettre une plus grande efficacité du droit de réparation. En outre, cette multiplicité des intervenants au titre d'une causalité appréciée selon l'équivalence des conditions de la contamination apparaît comme un atout pour les victimes. Celles-ci bénéficient d'un large choix et pourront développer une stratégie de contentieux en vue de la meilleure indemnisation possible.

Dans une affaire très récente, le Conseil d'État a accepté de voir dans un dommage la conséquence de plusieurs causes, alors même qu'elles viendraient d'actes réalisés au sein d'établissements différents, publics ou privés¹³². De même, le défaut de surveillance et ce, depuis fort longtemps, peut être jugé en lien avec le dommage provoqué par le patient¹³³. Il en va de même pour les retards dans l'hospitalisation ayant joué un « rôle défavorable » dans l'évolution du patient¹³⁴ ou même pour la responsabilité du fait de l'utilisation d'un matériel défectueux¹³⁵.

Nous constatons que la brièveté du délai qui s'est écoulé entre un fait et ses conséquences fait partie des critères essentiels permettant au juge d'accepter un lien de causalité quelque peu distendu. Mais le juge tient également compte, dans son appréciation de la causalité, de causes étrangères à la personne publique mise en cause, au premier rang desquelles figure la faute exonératoire de la victime. Ainsi, lorsqu'un malade ne suit pas les instructions qui lui ont été données ou se présente tardivement à un praticien, son comportement pourra avoir contribué directement à la réalisation du dommage. Il a aussi été jugé qu'un médecin qui s'est blessé avec un outil chirurgical souillé du sang du patient et qui a été contaminé par le virus de l'hépatite C, avait contribué à la réalisation du dommage, à hauteur de 50 %, en ne faisant

¹³¹ CE, ass. 9 avril 1993, *M.D. et M.G. et M.B.*, précité.

¹³² CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 18 février 2010, *Consorts Ludwig*, n° 316774, www.legifrance.gouv.fr

¹³³ CE, 5 novembre 1931, *Sieur Véra*, Rec. CE, 1931, p. 953 ; CE, 13 mars 1974, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris*, Rec. CE, 1974, p. 185.

¹³⁴ CE, 9 juillet 1969, *Sieur Gojat*, Rec. CE, 1969, p. 371.

¹³⁵ CE, 9 juillet 2003, *Marzouk*, Rec. CE, 2003, p. 338.

pas respecter par son équipe soignante les instructions qui auraient dû empêcher que le trocart souillé se trouve à la place où le médecin s'est blessé¹³⁶. Le fait du tiers ou la force majeure entre également dans l'appréciation du juge.

De façon plus générale, on comprend que l'utilisation jurisprudentielle de la carence ou du « fait générateur négatif » oblige systématiquement le juge à avoir recours à la théorie de l'équivalence des conditions. Sauf à supposer que l'inaction est le principal fait ayant causé le dommage, le juge est contraint à considérer que « *tout fait sans lequel le dommage ne se serait pas produit doit être retenu comme cause du dommage* »¹³⁷.

Pour tout ce qui précède, il n'y a aucun doute que le juge administratif français a réussi, dans bien des cas, à adapter les règles du droit de la responsabilité administrative, dans des affaires qui l'ont conduit à aller un peu plus loin que traditionnellement, pour assurer toute solution équitable, humaine et juste.

¹³⁶ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 21 mai 2008, *Mme Françoise A.*, n° 276357, Inédit au recueil Lebon.

¹³⁷ RENOUX Thierry, *L'indemnisation publique des victimes d'attentat*, Economica, 1988, p. 51.

Conclusion

Le droit administratif, notamment en France, a bien été fondé sur la séparation entre la responsabilité des personnes publiques, dite responsabilité administrative, et celle des personnes privées, physiques ou morales, dite responsabilité civile. L'arrêt « Blanco » du Tribunal des conflits, « pierre angulaire » du droit administratif tout entier, mérite d'être rappelé « *Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* ». Or, en matière de responsabilité du service public hospitalier, en France comme au Liban, l'intérêt de l'utilisateur converge au maximum avec l'intérêt général du service public, un intérêt commun, spécifique, illustré par la bonne guérison et santé des citoyens. Cette situation doit conclure, naturellement, à une responsabilité administrative singulière.

Cette particularité se distingue, pas seulement au plan de l'intérêt commun, mais aussi au plan du fonctionnement du service public hospitalier. L'élément principal qui exécute ce service public est le médecin. Ce dernier est traité comme un agent public et sa faute engage la responsabilité de l'hôpital public, alors que l'établissement public de santé n'exerce aucun contrôle direct sur ses actes issus de l'art médical. Une telle conséquence similaire, la responsabilité de la personne publique, se trouve où le service public pratique un contrôle hiérarchique sur ses administrés.

En France, contrairement au Liban, le médecin praticien à l'hôpital public est un agent public privilégié. Il a un droit, « privilège », d'utiliser les matériels et les outils du service public hospitalier pour son propre intérêt dans le cadre dite médecine libérale à l'intérieur de l'hôpital public. Le phénomène des cliniques ouvertes, qui entraîne des « îlots » de droit privé au sein du service public hospitalier, est une pratique très fréquente au Liban.

Nous ne pouvons pas ignorer le rôle de la jurisprudence administrative dans l'évolution des dispositifs du droit de la responsabilité hospitalière, tant par l'évolution de la notion et des chefs de préjudice que par la causalité entre le fait dommageable et ses conséquences.

Il peut arriver que la faute médicale soit accompagnée d'une infraction pénale. Et en principe général, le pénal rationalise les droits. Malgré ce dernier principe juridique, le juge administratif utilise la théorie de la perte de chance pour réparer la victime du préjudice subi. Le fait que le juge administratif accepte la perte de chances et non le juge répressif, ainsi que la perte de chances et le dommage global soient distincts expliquent pourquoi l'autorité de la chose jugée n'empêche pas une personne déboutée au pénal d'engager une instance pécuniaire pour les mêmes faits. Pour tous ces dispositifs juridiques qui précèdent, force est de conclure à une responsabilité médicale administrative spécifique.

Chapitre II

Les phénomènes de l'affaiblissement de spécificité de la responsabilité hospitalière publique

Pour bien délimiter l'objet de la responsabilité médicale en droit public, la recherche ne peut se poursuivre sans s'arrêter sur les mutations relativement récentes du droit de la responsabilité médicale tant en France qu'au Liban. Au vu des évolutions législatives significatives, loi Kouchner en 2002 et loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé en 2004, l'opposition classique et fondatrice entre intérêt général et intérêts privés perd de sa netteté. En France, la crise de l'État résulte en effet pour partie d'une remise en cause de la capacité de l'État à définir l'intérêt général¹³⁸, contrairement aux théories volontaristes, platonicienne mais également rousseauiste¹³⁹, qui considèrent que l'intérêt général, conçu comme transcendance des intérêts particuliers, légitime l'action étatique¹⁴⁰. Il existe, comme le souligne Didier Truchet, une « *différence d'esprit* »¹⁴¹. L'autorité étatique est dès lors invitée à transformer les procédures de formulation de l'intérêt général. La jurisprudence *Ville de Sochaux*¹⁴² en était déjà un premier indice qui admettait que la satisfaction d'intérêts privés puisse être constitutive d'un intérêt général.

Progressivement, la sollicitation des acteurs locaux (les établissements publics de santé), le développement des démarches contractuelles (le partenariat public privé¹⁴³, les cliniques ouvertes¹⁴⁴), l'essor des procédés de démocratie participative (la démocratie sanitaire par la loi Kouchner), le foisonnement des organes de régulation indépendants (les agences régionales de santé en France) ont permis que des intérêts privés soient associés à la définition

¹³⁸ CE, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, p. 316 et s.

¹³⁹ Pour plus de détails, voir l'ouvrage de François RANGEON consacré à *l'idéologie de l'intérêt général*, Paris : Economica, 1986.

¹⁴⁰ CHEVALIER Jacques, « *L'intérêt général dans l'administration française* », Revue internationale des sciences administratives, 1975, n° 4, P. 325-350.

¹⁴¹ TRUCHET Didier, *Le Droit public*, Paris : P.U.F., 2003, p. 22.

¹⁴² CE 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, Rec. CE, 1971, p. 561.

¹⁴³ Notion juridique préférée ces dernières années dans les politiques publiques au Liban.

¹⁴⁴ Ces activités occupent une partie importante dans la fonction des établissements publics de santé au Liban.

de l'intérêt général. Dans la même vision « *les intérêts privés se publicisent* » estime Charles-Albert Morand¹⁴⁵.

L'idée selon laquelle la gestion publique ne saurait être soumise au principe d'efficience a fait feu. Dorénavant, « *l'administration est tenue, comme les entreprises privées, d'améliorer sans cesse ses performances et d'abaisser ses coûts. Ce basculement des mentalités fait que la différence avec l'entreprise privée s'efface : les services publics ne sauraient prétendre échapper au mouvement qui pousse les entreprises de toute nature à accroître leur productivité et leur rendement ; les modèles d'organisation et principes de gestion sont dès lors transférables et l'administration est appelée à calquer ses méthodes sur celles d'un secteur privé tenu, sous la pression de la concurrence, de se moderniser en permanence* »¹⁴⁶.

Or, le droit hospitalier généralement, et le droit de la responsabilité hospitalière particulièrement cristallisent parfaitement les mutations du clivage public-privé et semblent participer d'un mouvement global de relativisation d'une ligne de partage que l'on considérerait pourtant, jusqu'à il y a peu, comme immuable et incontournable. Cette situation juridique du rapprochement se manifeste par la crise juridique que le service public hospitalier vit actuellement (section 1). Différents types de responsabilité, dans le domaine de la responsabilité médicale, accompagnent en permanence la responsabilité administrative ou civile de l'auteur du fait générateur du préjudice du patient victime (section 2).

Section 1. La crise du service public hospitalier

Il est vrai que les impératifs pesant sur le système de santé sont communs aux deux secteurs hospitaliers, privé et public. Le législateur français, comme son homologue libanais, n'hésite plus à évoquer dans le texte législatif, et de manière explicite, la notion de système de santé au lieu de légiférer des normes spécifiques à chaque secteur¹⁴⁷. La recherche du « *juste soin* »¹⁴⁸, c'est-à-dire la conciliation de la qualité et de la maîtrise du coût des soins, transcende le clivage public-privé. Les contraintes financières, en France comme au Liban, commandent également un développement de la coopération entre les établissements de santé

¹⁴⁵ MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris : LGDJ, 1999, p. 146.

¹⁴⁶ CHEVALLIER Jacques, Présentation in C.U.R.A.P.P. (centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), *Public/Privé*, Paris : P.U.F., 1995.

¹⁴⁷ Il est évident par le texte de la loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner, et la loi libanaise du 11 février 2004 dans son premier article.

¹⁴⁸ Rapport au Président de la République, Journal officiel de la République française du 25 avril 1996, p. 6311 et s.

publics et privés. Plusieurs formules de coopération hospitalière, en France, ont vu le jour ces dernières années. Cette formule de coopération est également encouragée au Liban sous une notion juridique nouvelle dans le droit administratif libanais dite partenariat public privé.

La nécessité de légiférer périodiquement suite aux différentes mutations sanitaires qui émaillèrent la fin du XX^{ème} siècle et le début du XXI^{ème} siècle, l'action de l'État en matière sanitaire, la « révolution thérapeutique » et l'inflation des dépenses de santé ainsi que la nécessité d'amender la qualité des pratiques hospitalières ont conduit à une hybridation du droit hospitalier public. Celle-ci est bien illustrée par la transformation de la notion du service public hospitalier en système de santé (§1) et est traduite par les manifestations du rapprochement du droit médical public et privé (§2).

§1. Du service public hospitalier au système de santé

En France, Jusqu'à la loi HPST¹⁴⁹, le service public hospitalier repose sur une conception organique puisqu'il est assuré par l'hôpital public et, dans des conditions très encadrées, par certains établissements privés : les établissements privés à but non lucratif participant au service public hospitalier et les établissements privés concessionnaires du service public hospitalier.

En effet, la loi HPST définit des missions de service public, et pas un service public hospitalier, qui vont pouvoir être assurées par un établissement de santé quel que soit son statut. Un établissement de santé ne se caractérise plus par son statut mais par les services qu'il apporte. Les missions de service public peuvent être assurées par l'ensemble des établissements de santé, publics ou privés, dans les conditions définies par la loi et les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens passés avec les titulaires d'autorisations de soins ou d'équipements lourds. Cette nouvelle situation ressemble beaucoup à l'état du système de santé libanais, dans un pays où la notion de service public hospitalier est peu brillante. Les différents établissements de santé, public et privé, coexistent depuis toujours, voire ceux du secteur privé dominant le système de santé libanais à un niveau très élevé.

Malgré toutes ces évolutions et différences juridiques, la condition juridique des patients hospitalisés est duale. La jurisprudence reconnaît en effet que l'utilisateur de l'hôpital public,

¹⁴⁹ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO du 22 juillet 2009, n° 167, p. 12184.

comme tout usager d'un service public, se trouve dans une situation statutaire ; ses droits et obligations sont donc définis et imposés par les lois et règlements¹⁵⁰. En revanche, le droit privé analyse la relation médicale sous le prisme du contrat. Le patient est en effet lié par un contrat de droit privé avec le médecin qui le soigne¹⁵¹. Mais cette distinction, qui a été abondamment critiquée voire niée¹⁵², bien qu'elle serve toujours de fondement à la détermination de la responsabilité applicable, semble de moins en moins pertinente au regard de l'enrichissement contemporain de la condition juridique du patient, indifférent au clivage contrat-statut. Ce phénomène a des causes traduites par l'évolution de la pratique médicale et de la société (A), et par les droits fondamentaux de la personne hospitalisée (B).

A. Évolutions de la pratique médicale et de la société

Beaucoup d'auteurs ont écrit sur la relation réciproque entre progrès scientifique et évolutions jurisprudentielles et législatives. Le domaine médical est un exemple brillant de cette relation. Selon la conception généralement admise, le juge reflète les valeurs de la société. Dans la plupart des cas, le législateur intervient pour répondre aux problèmes dont les citoyens souffrent. La médecine a progressé plus rapidement depuis la seconde guerre mondiale qu'en 4000 ans, venant bouleverser le subtil compromis de la pratique illusoire des temps passés. L'espérance de vie augmente considérablement, en premier lieu par la baisse de la mortalité infantile. Les seuls enfants qui demeuraient condamnés – les leucémiques – espèrent enfin raisonnablement une guérison.

Cette médecine « toute puissante » sauve des cancéreux par la chimiothérapie, d'autres cas extrêmes par la réanimation et la chirurgie. Toutes les thérapeutiques actuelles pourraient être citées. La médecine a su créer l'indispensable et le « superflu », comme les médicaments de

¹⁵⁰ DAUBECH Lin, « *Le statut du patient hospitalisé : vers l'incertitude juridique ?* », LPA, 21 mai 1997, n° 61, p. 9-14.

¹⁵¹ Plus précisément, les patients hospitalisés dans les établissements de santé privés sont liés par un double contrat : le contrat médical qui lie le patient au médecin qui le soigne et le contrat d'hospitalisation, conclu avec l'établissement de santé, et par lequel ce dernier s'engage à fournir les prestations hôtelières, les locaux appropriés ainsi que le personnel nécessaire à l'accomplissement des soins. Néanmoins, la théorie du double contrat a été depuis peu abandonnée s'agissant des médecins exerçant en qualité de salariés dans les établissements de santé privés. En effet, depuis un arrêt rendu par la première chambre civile de la cour de cassation le 4 juin 1991, on considère que le contrat médical est en réalité, dans cette hypothèse, conclu directement entre le patient et l'établissement de santé. (Gazette du Palais, 1992, II. 503, note de François CHABAS).

¹⁵² Avant la décision du Tribunal des conflits du 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, tout un courant doctrinal et jurisprudentiel a ainsi pu affirmer que l'usager du service public hospitalier non indigent était lié par un contrat de droit privé avec l'établissement hospitalier et que les litiges relatifs à l'application de ce contrat relevaient donc des juridictions de droit privé.

« confort ». Nombre de prestations médicales sont devenues biens de consommation courante, les banalisant.

En revanche, la médecine est devenue un domaine très coûteux, incapable dans la plupart des pays d'assurer ses charges par la seule formule du service public hospitalier. Avec le temps, les pays essayent de mettre en œuvre une politique sanitaire en collaboration entre les deux secteurs de la santé, public et privé. De nombreuses machines sont venues en aide aux praticiens. Citons l'endoscope couplé à l'ordinateur, permettant à l'appareil de dialoguer avec le médecin. D'ailleurs, ce procédé est comparable à l'ordinateur d'un avion qui indique les divers paramètres du vol. Mais, heureusement, c'est toujours l'homme qui en dernier ressort manipule le bistouri ou le manche à balai, préservant sa dignité et sa totale responsabilité, omniprésente dans notre pratique médicale actuelle.

Malgré l'efficacité considérable de la médecine moderne, son agressivité, sa dangerosité et sa complexité restent inséparables. « La médecine n'est plus un art, mais elle n'est pas encore une science parfaite »¹⁵³. Cette prise de risque est plus en plus reconnue et admirée. La responsabilité sans faute, l'indemnisation par la solidarité nationale, l'obligation d'information, le consentement éclairé et les procédures de règlement amiable des litiges de la responsabilité hospitalière, dans les établissements publics comme privés, ne sont qu'une réponse logique à ce phénomène. Pour une situation donnée, il arrive qu'il n'y ait pas de règle établie qui fixe au-delà de quel point précis le comportement devient fautif, sans oublier les évolutions rapides des connaissances et des pratiques qui accentuent la relativité des vérités médicales.

D'ailleurs, il est légitime qu'une victime n'accepte pas que la médecine de plus en plus avancée, loin de la soulager de ses maux, aggrave ceux-ci. Le Code d'Hammourabi, en ordonnant que soit tranchée la main du chirurgien fautif, répondait à ce sentiment. L'homme cherche un responsable à tous ses malheurs. Or, dans le domaine du service public hospitalier, la victime, exigeant souvent ce coupable, n'accepte pas que le médecin à l'hôpital public ne soit pas systématiquement cité dans les affaires. Par conséquent, un sentiment de méfiance s'établit entre l'administration et les usagers. La question de l'exercice des droits est ainsi posée, s'agissant de la mise en œuvre de la responsabilité médicale. Ceci a conduit

¹⁵³ GUÉVENOUX Agnès, *L'évolution du droit médical : vers un rapprochement des régimes de responsabilité privée et publique*, thèse en médecine soutenue à Poitiers le 9 mars 2000, p. 61.

l'administration à élaborer un système commun d'indemnisation essayant d'améliorer, le plus possible, les relations avec les usagers.

En effet, la France est allée plus loin au niveau de la notion de système de santé. Malheureusement la réalité libanaise, affectée par ses difficultés politiques, empêche les autorités concernées de réagir et de résoudre les problèmes tant à l'échelle juridique qu'à l'échelle sociale.

M. Kouchner, ancien ministre de la santé, à l'occasion de sa participation aux actes d'un colloque en 2007¹⁵⁴, exprimait sa vision pour l'avenir de la notion de système de santé, pas seulement au niveau national mais aussi au niveau universel. Une maladie ou un virus ne s'arrête pas aux frontières. La santé, le droit aux soins, le droit à la prévention et à l'accès à un système de soins doivent être forcément universels. Il rappelait qu'en 1997, à la conférence de Dakar avec le Président de la République, et quelques jours après, en Afrique du Sud avec Lionel Jospin, la France aurait décidé, seule, que les malades pouvaient faire appel aux médecins par-delà les frontières, et qu'elle commencerait à distribuer des traitements antirétroviraux. Cela a été le commencement de ce que l'on appelé le FSTI (Fonds de solidarité thérapeutique international), une sorte d'ingérence thérapeutique.

Or, cette évolution est décisive. La France, dans ce domaine, a dépassé le principe de territorialité du droit public. Un service public est une activité exercée directement par l'administration ou sous son contrôle dans le but de satisfaire un besoin d'intérêt général dans un cadre territorial désigné. La France soigne des malades qui sont ni des citoyens français ni des étrangers existant sur le territoire français. M. Kouchner déclare que pour la première fois, on sollicitait le budget français pour soigner des malades qui n'étaient pas « leurs » malades mais se situaient de l'autre côté de cette ligne ténue et virtuelle qu'on appelle « frontière ». Il ajoute que « *De Médecins sans frontières, nous sommes passés à [Malades sans frontières],... On s'aperçoit qu'aucune quarantaine ne suffira à arrêter les nouveaux virus aux frontières* »¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Actes du colloque intitulé « *Les droits des malades et des usagers du système de santé, une législation plus tard* », organisé par la chaire Santé de Sciences Po, en partenariat avec le collectif interassociatif sur la santé le 1^{er} mars 2007, sous la direction de Didier Tabuteau, p. 118.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

M. Kouchner prolonge sa vision jusqu'à un système de « santé sans frontières ». Il considère que, dans un cadre d'assurance maladie universelle, tous les patients doivent avoir l'accès aux soins. Dans la plupart des pays du monde en développement, les droits des malades et l'accès aux soins n'existent que pour les riches, tandis que l'immense marée des indigents n'a pas d'accès aux soins.

La question des droits des malades est décisive au niveau de l'évolution de la notion du service public hospitalier. La France a déjà élaboré le droit des malades, ainsi que le Liban, mais l'un à un niveau différent de l'autre.

B. Les droits fondamentaux de la personne hospitalisée

L'homme dans une société démocratique se veut aujourd'hui autonome. Juridiquement, le droit est donc censé se déduire de la volonté humaine et doit assurer le respect de la liberté et de l'autonomie de chaque personne. Cette protection de l'homme, vu comme un sujet et non comme un objet, se reconnaît aujourd'hui en droit de la santé, notamment à travers l'avènement de la notion de « démocratie sanitaire »¹⁵⁶ qui s'inscrit dans ce courant d'idées favorables à l'autonomie du patient. Le trait essentiel d'une telle démocratie sanitaire est qu'on y recherche, de façon prioritaire, l'égalité réelle et non plus seulement l'égalité formelle des individus. Au-delà du slogan, le concept place le malade au cœur de l'action médicale et se traduit par un développement et un changement d'attitude du corps du patient, de sa dignité, de ses désirs et de ses relations qui constituent un objectif nouveau qui réinstalle la personne dans le sentiment d'une reconnaissance de celui-ci. Elle restaure la personne dans sa dignité, réaffirme aussi la nécessité, dans la mesure du possible, d'une transparence des relations patient-médecin.

Si, en matière médicale, l'humanisme a pu couvrir une conception « paternaliste » de la médecine, le développement du droit médical français est aujourd'hui axé sur la protection des droits fondamentaux du patient. Cette évolution vise à promouvoir l'autonomie et le libre arbitre du malade. Cependant, en plaçant le patient au centre du système médical, le droit peut conduire par certaines de ses évolutions à une médecine moins humaine. Par conséquent, à la volonté d'instaurer un nouvel équilibre entre le savoir médical et le « vouloir » individuel, répond l'adoption de la loi sur les droits des malades.

¹⁵⁶ Voir par exemple, Ph. Pédrot, « *Libre propos sur la démocratie sanitaire* », LPA 2002, 19 juin, n° 122, p. 5 et s.

La genèse de la loi française relative aux droits des malades commence en 1992, par une communication à l'issue du dernier Conseil des ministres de François Mitterrand. Avant la seconde cohabitation, celui-ci a déjà évoqué une future loi sur les droits des malades et l'indemnisation¹⁵⁷. Grâce à une participation majeure des associations d'usagers du système de santé, la loi du 4 mars 2002 a vu le jour. À l'époque, l'expression « Association de malades » était quasiment taboue. L'attitude du médecin est marquée par une pesanteur, une habitude, une culture, une espèce de majesté, qui interdisait de considérer que les associations pouvaient apporter leur contribution.

C'est la loi du 4 mars 2002¹⁵⁸ relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui matérialise, en France, ces réflexions. Les droits des malades sont désormais inscrits et organisés dans un texte de valeur législative qui consacre, en ce sens, le nouveau concept de « démocratie sanitaire »¹⁵⁹ visant à garantir et à renforcer les droits des personnes malades et des usagers du système de santé. Comme le relève Maryse Deguegue, « *le malade n'est plus traité en tant que tel, soumis au système de soins, sinon aux médecins, diminué dans ses capacités par la maladie, mais comme un citoyen capable de choix, pourvu que ces derniers soient éclairés par des professionnels de santé, et de décisions sur son propre sort. La démocratie sanitaire lui garantit dans la liberté, dans le sens de l'autonomie, l'égalité de traitement avec les autres malades et la participation au système* »¹⁶⁰.

En France, cette loi n'est pourtant pas révolutionnaire puisque les droits des personnes malades et des usagers du système de santé étaient déjà énoncés dans de nombreux textes de portée juridique. Premièrement, la Charte du patient hospitalisé¹⁶¹ qui concerne l'ensemble des établissements de soins, contenait certaines dispositions visant spécialement ceux qui assurent le service public hospitalier. Cette charte doit être remise à chaque patient et, en tant que besoin, à ses proches. Deuxièmement, on peut citer aussi les lois n° 94-548, n° 94-653 et n° 94-654 du 24 juillet 1994 dites de « bioéthique » consacrées au respect du corps humain, au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Loi n° 2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO, 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁵⁹ Titre II de la loi, intitulé « Démocratie sanitaire ».

¹⁶⁰ DEGUERGUE Maryse, « *Droits des malades et qualité du système de santé* », AJDA, 2002, p. 508 et s.

¹⁶¹ Annexé à la circulaire ministérielle DGS/DH n° 95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients.

procréation et au diagnostic prénatal¹⁶², la loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs¹⁶³ ou encore le Code de déontologie médicale¹⁶⁴ qui se caractérise essentiellement par une affirmation plus importante des droits des malades.

L'évolution du droit libanais, au niveau de la notion du système de santé, est en retard par rapport au droit médical français malgré, ces dernières années, la législation dans le domaine des droits des malades et du consentement éclairé en 2004. L'état actuel du droit de la responsabilité médicale en droit administratif libanais ressemble en principe à l'état du droit de la responsabilité hospitalière français avant la loi du 4 mars 2002. Les droits des malades au Liban sont énoncés dans des nombreux textes législatifs. Deux lois essentielles, la loi de déontologie médicale en 1994¹⁶⁵ et la loi des droits des malades et le consentement éclairé en 2004¹⁶⁶, prévoient des dispositions fixant les obligations du médecin envers ses malades dans l'optique de cette relation médecin-patient en tant qu'utilisateur du service médical. À titre d'exemple, on peut citer l'obligation du médecin de traiter son malade en toute humanité¹⁶⁷, l'obligation des médecins de respecter la volonté de leurs malades¹⁶⁸, le droit du malade de se renseigner, auprès de son médecin ou de l'établissement de santé dans lequel il est hospitalisé, sur son état de santé¹⁶⁹, l'obligation du consentement préalable du malade aux actes médicaux¹⁷⁰, le droit de chaque malade, soigné par un médecin ou un établissement de santé, de voir respecter sa vie privée et ses secrets¹⁷¹ et le droit d'accès au dossier médical¹⁷².

Pourtant, la notion de personne malade n'a jamais été discutée à l'occasion de l'élaboration de la nouvelle loi concernant les droits des malades au Liban. Aucun syndicat ni association d'utilisateurs n'ait demandé le respect des droits de la personne malade en tant qu'être humain

¹⁶² loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, JO du 2 juillet 1994, p. 9559 ; loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JO du 30 juillet 1994, p. 11056 ; loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO du 30 juillet 1994, p. 11059.

¹⁶³ Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs, JO du 10 juin 1999, p. 8487.

¹⁶⁴ Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, JO du 8 septembre 1995, p. 13305.

¹⁶⁵ Loi n° 288 du 22 février 1994 relative à la déontologie médicale, JO libanais du 3 mars 1994, n° 9, p. 239.

¹⁶⁶ Loi n° 574 du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé, JO libanais du 13 février 2004, n° 9, p. 705.

¹⁶⁷ Art. 27-1 de la Loi de déontologie médicale libanaise du 22 février 1994.

¹⁶⁸ Art. 27-4 de la Loi de déontologie médicale libanaise du 22 février 1994.

¹⁶⁹ Art. 2 de la Loi relative aux droits des malades et au consentement éclairé du 11 février 2004.

¹⁷⁰ Art. 6, *Ibidem*.

¹⁷¹ Art. 12, *Ibid*.

¹⁷² Art. 15, *Ibid*.

hors sa relation avec son médecin ou son établissement de soins. À notre sens, le législateur libanais, en matière de droits fondamentaux des personnes malades, a encore une mentalité conservatrice. Ceci donne à la séparation entre le service public hospitalier et la médecine libérale plus de sens au Liban que dans le système français et renforce l'intérêt de traiter la question du rapprochement du droit médical public-privé, alors que la nature juridique de la responsabilité médicale hospitalière est toujours administrative mais dans un environnement juridique différent. La discussion de la responsabilité médicale en droit public, au Liban, se place dans le contexte du service public hospitalier, contrairement à l'état actuel du droit médical français où celle-ci se voit dans l'optique du système de santé qui englobe les deux secteurs, public et privé, du service de santé.

Au niveau français, on peut dire, de la sorte, que si les droits des malades étaient déjà présents dans de nombreux textes juridiques, la loi du 4 mars 2002 se révèle, par contre, essentielle parce qu'elle systématise et synthétise l'évolution des mentalités et des comportements médicaux. Le législateur français a, à cet égard, en 2002, eu beaucoup de difficultés sémantiques à résoudre quant au terme générique retenu dans l'intitulé de la loi. Il a opté pour le remplacement du terme « patient » par le terme « malade ». Ces termes, bien que très proches, ne se recouvrent pas tout à fait. Le terme « malade » est plus réducteur que le terme « patient » car il ne rend pas compte de la multiplicité des situations médicales. La femme enceinte ou l'enfant dans le cadre de la prévention médicale scolaire ne sont pas des « malades » à proprement parler. Le « patient » concerne toutes les personnes soumises à un acte médical, même en dehors d'une maladie. Le terme « malade » a été retenu dans le sens où le malade n'est pas traité en tant que personne soumise au système de soin. Il n'est pas un patient qui doit subir un acte médical. Ce terme est beaucoup trop passif. Il est regardé comme un citoyen capable de choix et de décisions sur son propre sort.

L'expression « droits de la personne » est bien choisie. Elle renvoie aux dispositions du Code pénal qui protège également la personne avec cette référence préférentielle au terme de malade, utilisé dans le titre de la loi, plutôt qu'au terme de patient, ou encore à celui d'utilisateur, qui est accessoirement employé. Le terme « personne » met bien en valeur ces droits qui ne protègent plus seulement l'individu dans ses rapports avec les autres individus ou avec les pouvoirs publics, mais qui visent aussi à protéger la personne dans son essence même et qui sont ordonnés à partir du principe de dignité de la personne humaine. Le texte de loi établit une distinction entre ces droits qui sont attachés à la personne et ceux qui concernent

« l'utilisateur ». Ce terme d' « usagers du système de santé » figurait déjà dans l'intitulé du titre premier du livre premier de la première partie du Code de la santé publique français. Il tend à établir entre le malade et, non pas seulement le service public hospitalier, mais aussi les professionnels libéraux, une relation fondée sur des droits plus que sur la manifestation d'une confiance. Le terme « usager » manifeste une conception à la fois « consumériste » et publique de la médecine. Il place la relation individuelle au second plan.

Par ailleurs, le rôle attribué aux établissements de santé dans la protection des droits fondamentaux traduit la place de l'éthique dans l'activité médicale. Relève de cette fonction éthique et en constitue une garantie la règle selon laquelle l'évaluation et l'accréditation des établissements de santé prennent en compte les mesures prises pour assurer le respect des droits des personnes malades et les résultats obtenus à cet égard¹⁷³. Or, au niveau libanais, le texte juridique concernant la matière et qui prévoit les critères d'accréditation, des établissements de santé ne prend pas en considération le respect des droits des malades par les établissements de santé soignants, et les résultats obtenus à cet égard. À notre avis, une telle prise en compte par le législateur libanais aurait un effet correctif de la relation des usagers avec leurs établissements soignants.

En France, si les droits des personnes malades et des usagers du système de santé ouvraient déjà le Code de la santé publique depuis l'année 2000, désormais, un chapitre préliminaire est consacré aux droits de la personne¹⁷⁴. De la sorte, le législateur marque tout le Code de la santé publique du sceau des droits de l'homme et le place sous l'égide des divers textes internationaux qui garantissent les droits de la personne humaine. En consacrant aujourd'hui les droits de la personne humaine, le législateur français a amplifié l'œuvre pédagogique ainsi amorcée et a donné à de nombreuses règles jurisprudentielles un support et un fondement législatif. En précisant les conditions d'exercice de ces droits, la loi resserre le dispositif de protection de la personne humaine. On peut citer, au titre de ces droits fondamentaux, l'élargissement du droit à la protection de la santé (I), la reformulation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (II), l'affirmation du principe de non discrimination (III) et, enfin, le respect de la vie privée et du secret médical (IV).

¹⁷³ Art. L. 1110-7 du CSPF.

¹⁷⁴ Art. L. 1110-1 à L. 1110-7 du CSPF.

I. Le droit à la santé

L'article 1110-1 du Code de la santé publique français reconnaît un droit fondamental à la protection de la santé. Le droit à la santé est habituellement considéré comme un droit-créance qui prend la forme d'un objectif constitutionnel¹⁷⁵. La formulation législative retenue peut prêter à confusion contribuant à donner l'apparence de la reconnaissance d'un droit subjectif. À notre avis, cette « subjectivisation » ne s'opère que pour autant que la loi offre aux intéressés les moyens de faire prévoir ce droit. Elle peut s'exprimer partiellement par l'action en responsabilité. L'article L. 1110-1 du CSPF précise la portée du droit à la protection de la santé, à savoir la prévention, l'égal accès aux soins nécessités par son état de santé, la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. La question essentielle est celle de l'accès aux soins nécessaires. Cette disposition ne peut être interprétée comme un droit à l'accès à toute forme de soin. C'est en fait essentiellement sur le principe de l'égal accès que ce texte met l'accent.

À ce stade, il se télescope avec le principe d'égalité des citoyens devant le service public, tandis que la notion d'égalité d'accès aux soins dans le contexte de la nouvelle loi concerne, non seulement les établissements publics de santé ou les établissements privés qui participent au service public hospitalier, mais aussi tous les établissements de santé, public et privé, dans le cadre du système général de santé. Plus précisément, le texte juridique précise également les personnes et institutions sur lesquelles pèse la charge de mettre en œuvre ce droit. Il ne s'agit plus seulement d'une charge pesant sur les pouvoirs publics, dans la logique du droit constitutionnel, mais d'une charge transférée « aux professionnels », aux établissements et réseaux de santé, aux organismes d'assurance maladie ou à tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et aux autorités sanitaires. Les organismes publics ne sont plus que l'une des catégories de débiteurs de ce droit à la santé.

Au surplus, la portée de ce droit à la santé est également explicitée dans l'article L. 1110-5 du CSPF. Il est en effet précisé que « *toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit 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 avérées* ». L'exercice de ce droit aux soins est ainsi apprécié au regard d'un équilibre, d'une

¹⁷⁵ MATHIEU Bernard, « *La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel* », Les cahiers du Conseil constitutionnel, 1999, n° 6, p. 59 et s.

proportionnalité entre divers considérations : l'état du patient, l'urgence, l'efficacité des thérapeutiques mises en œuvre et la sécurité sanitaire. Une atteinte par n'importe quel élément de cet équilibre engage la responsabilité médicale de la personne concernée. Ce droit à la santé correspond au principe de la dignité humaine, une notion qui conditionne l'exécution de l'acte médical tant par les établissements publics que par les établissements privés.

II. Le principe de la dignité de la personne humaine

Si cette disposition n'est probablement pas étrangère au respect du principe de dignité en ce qu'elle conduit à reconnaître en chaque patient non seulement une « machine » qu'il s'agit de réparer mais aussi une personne souffrante, l'article L. 1110-2 du CSPF proclame spécifiquement le droit de la personne malade au respect de sa dignité. C'est ainsi, une conception subjective du principe de dignité qui est ici reconnue. Il ne s'agit pas d'un principe nouveau mais d'une nouvelle formulation du principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine¹⁷⁶. Il a souvent été formulé en obligation d'assurer la primauté de la personne humaine en interdisant toute atteinte à la dignité de celle-ci. Il est désormais largement entendu. Le respect de la dignité humaine doit être assuré à tous les instants de l'hospitalisation, de l'admission à la sortie, aussi bien pour les actes de soins, d'hygiène, que pour les actes médicaux.

D'ailleurs, le texte juridique libanais dans le domaine a autant de sens que celui du texte français. Au Liban, le médecin a une obligation, dans le cadre des obligations du médecin à l'égard de ses malades, de traiter son patient en humanité et de lui donner ses soins¹⁷⁷. Mais le contexte est très différent. La question de la personne humaine en son essence n'était pas au cœur des travaux des parlementaires libanais à l'occasion de l'élaboration de la loi de déontologie médicale de 1994.

Plus spécifiquement, le nouvel article L. 1110-5 du CSPF précise que « les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort ». Cette disposition se présente d'abord de manière plus traditionnelle comme une obligation pesant sur les professionnels de santé et non comme un droit subjectif

¹⁷⁶ CC, décision n° 94-344 DC du 27 juillet 1994, RDP, 1994, p. 1647, note François LUCHAIRE.

¹⁷⁷ Art. 27 de la loi de déontologie médicale libanaise.

de la personne. Ensuite, cette rédaction résulte d'un amendement sénatorial qui a substitué le principe d'une vie digne à celui d'une mort digne¹⁷⁸.

En effet, le texte voté par l'Assemblée Nationale était ainsi rédigé « chacun a droit à une mort digne ». Très pertinemment le rapporteur du projet devant la commission des affaires sociales du Sénat avait observé que cette disposition ouvrait la porte à une législation de l'euthanasie.

En réalité, le droit de mourir dans la dignité, revendiqué par certains comme justifiant la légalisation de l'euthanasie, s'appuie sur un détournement de sens du principe de dignité, en ce qu'il suppose que la mort doit être donnée lorsque la vie n'est plus digne d'être vécue, ce qui suppose qu'il existe des vies qui ne sont pas dignes d'être vécues. Par ailleurs, faire de la mort un droit impliquait la faculté de se la faire donner ! Le droit à la santé est accompagné non seulement du principe de la dignité humaine mais aussi, pour chaque patient, du principe de non discrimination.

III. Le principe de non-discrimination

C'est l'article L. 1110-3 du CSPF qui s'applique au domaine de la santé et confirme le principe de non-discrimination selon lequel « aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins ». Le législateur français a fait le choix de la formulation d'un principe général de non-discrimination à la suite d'un amendement présenté à l'Assemblée Nationale¹⁷⁹. Cela s'inscrit dans une conception plus traditionnelle du principe d'égalité qui interdit les discriminations non justifiées par une différence de situation et qui appréhende l'individu de manière abstraite.

D'ailleurs, au Liban, la question de l'égal accès au soin est encore traitée par le principe de l'égalité des citoyens devant le service public. Ceci reflète encore l'esprit du service public hospitalier contrairement aux évolutions du droit médical français. Pour un juge administratif libanais, qui est saisi dans une affaire de responsabilité du service public hospitalier, il ne peut fonder son jugement que sur un des principes du service public, celui de l'égalité.

¹⁷⁸ Rapport n° 174 de M. Francis GIRAUD, Gérard DÉRIOT et Jean-Louis LORRAIN, fait au nom de la commission des affaires sociales, 2002, p. 33.

¹⁷⁹ Le projet de loi prévoyait l'interdiction de discriminations fondées sur les origines, le sexe, la situation de famille, l'état de santé, le handicap, les mœurs, les opinions publiques, la race ou la religion.

Ensuite, la loi du 4 mars 2002 a aussi développé une application précise du principe de non-discrimination s'agissant des caractéristiques génétiques. Des risques nouveaux de discrimination ou d'atteinte aux droits des personnes tenant au progrès de la génétique exigent, aujourd'hui, d'être spécifiquement pris en compte. Ainsi la loi insère dans le Code civil un article 16-13 prévoyant que « *nul ne peut faire l'objet de discrimination en raison de ses caractéristiques génétiques* ». Le Code pénal est également modifié en ce sens et sanctionne le manquement au respect du principe de discrimination à propos des caractéristiques génétiques.

IV. Le respect de la vie privée et du secret médical

Le secret médical est un principe fondamental de la médecine et il peut être considéré comme une traduction du respect de la vie privée dans le domaine médical. Il dérive du principe constitutionnel de liberté personnelle. Ce secret médical est aujourd'hui réaffirmé par l'article L. 1110-4 du CSPF dont le premier alinéa précise 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.* » Il est également intégré dans un contexte qui prend en compte les évolutions du domaine médical. Dans la logique du système juridique fondé sur les droits fondamentaux, le secret médical n'est plus essentiellement conçu comme une obligation pesant sur les professionnels de santé mais comme « un droit du patient ». Contrairement au cas libanais, le sujet du secret médical est encore issu des obligations des praticiens hospitaliers à l'occasion de l'exécution du service public hospitalier.

La loi n° 2002-203 du 4 mars 2002 reprend pour l'essentiel des principes déjà fixés par d'autres sources mais elle introduit dans le CSPF une définition claire du secret médical et prend en compte les évolutions des prises en charge des patients. Le secret médical s'impose, on le sait, à tous les professionnels de santé, médecins et autres membres de l'équipe médicale et son non-respect est sanctionné pénalement¹⁸⁰.

Le nouveau texte est, a priori, une simple reprise des règles du droit positif, mais il étend néanmoins sensiblement le nombre de personnes concernées par l'obligation. Il change la portée de la règle. Désormais celle-ci a un caractère collectif¹⁸¹. Il y a ainsi une chaîne de

¹⁸⁰ Art. 226-13 du Code pénal français.

¹⁸¹ DE BERNARDINIS Christophe, *Les droits du malade hospitalisé*, éd. Heures de France, 2006, p. 24.

secret qui s'établit. L'article L. 1110-4 du CSPF dispose, à cet effet, que « [...] lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputés confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe ». L'obligation de respect de la vie privée et du secret des informations est aussi, désormais, étendue à *tout organisme concourant à la prévention et aux soins*, ce qui, compte tenu des nouvelles et nombreuses formes de coopération en matière hospitalière, est susceptible d'engager, en cas de manquement, la responsabilité de nouvelles structures. La même obligation est également imposée à *toute personne en relation avec ces établissements ou organismes*, ce qui ouvre la voie à de nombreuses extensions qui étaient nécessaires, en premier lieu, aux collaborateurs occasionnels du service public hospitalier que sont les bénévoles d'associations, ainsi que les visiteurs.

Le secret couvre aussi l'ensemble des informations concernant la personne et donc pas seulement les informations relatives à la santé du patient mais si la confidentialité porte naturellement sur les données de nature médicale, la question est plus délicate pour les informations de nature administrative, par exemple, pour la décision du directeur d'hôpital d'admission du malade dans l'établissement public de santé. Dans ce cas ci, un critère objectif, à notre avis, doit être utilisé pour détacher les informations de nature médicale, des informations de nature purement administrative. Le secret présente un caractère absolu en ce sens que le patient ne peut délier le médecin du secret. Une telle autorisation ne libère en rien le praticien.

Au Liban, ce secret médical est issu de l'ordre public comme prévu par un texte législatif¹⁸². Mais la crise du service public hospitalier ne concerne pas seulement l'évolution des conditions du service public hospitalier comme on a vu précédemment. Il s'agit aussi de manifestations juridiques, jurisprudentielle et législative, illustrant ce rapprochement du droit de la responsabilité médicale public-privé.

§2. Manifestations du rapprochement de la responsabilité médicale publique-privée

Dans le cadre de la théorie générale du droit administratif, la considération, pour ne pas dire la conviction, qu'il est nécessaire de concilier les prérogatives de l'administration avec les droits et intérêts des administrés était trop naturelle pour être une innovation. Mais, elle

¹⁸² Art. 7 de la loi de déontologie médicale libanaise.

est, à notre époque, beaucoup plus présente et ne cesse de se traduire par de notables renforcements de droits et de garanties des administrés.

En droit administratif français, l'évolution de la terminologie officielle est significative. À cette expression d'« administrés » est préférée celle d'« usagers », connotant une idée de moindre passivité, puis celle de « citoyens », plus prestigieuse et empruntée au vocabulaire politique et constitutionnel. C'est ainsi que, après la loi du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, et après le décret du 28 novembre 1983, concernant les relations entre l'administration et les usagers, est venue la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations¹⁸³.

D'une façon générale, il s'agit d'organiser ou améliorer la « transparence » de l'administration, l'information des administrés quant à leurs droits et possibilités de contestation des actes administratifs, la simplification des procédures régissant leurs rapports avec l'administration. Dans le domaine médical, c'est à des semblables objectifs que tendent la loi Kouchner (droit d'accès au dossier médical, obligation d'information, consentement éclairé, associations d'usagers du système de santé, démocratie sanitaire, règlement amiable des conflits, indemnisation sur le fondement de la solidarité nationale), la loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé¹⁸⁴, la loi relative au Médiateur de la République libanaise¹⁸⁵ et le projet de loi relatif au droit de savoir et à la liberté d'accès aux documents administratifs¹⁸⁶.

Dans cette tendance générale, on comprend les législations unifiées dans le domaine du droit médical, en France comme au Liban. Des dispositions juridiques s'appliquent à tous les établissements de santé, publics et privés. Mais le rapprochement au niveau de la responsabilité hospitalière n'est pas seulement législatif. Plusieurs évolutions jurisprudentielles, dans un cadre de dialogue des juges, tendent vers l'unification des certains dispositifs de la responsabilité hospitalière (A). Ce rapprochement est appuyé par la

¹⁸³ CHAPUS René, *Droit administratif général*, 15^e éd., tome 1, Montchrestien, 2001, p. 477.

¹⁸⁴ Loi n° 574 du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé, précitée.

¹⁸⁵ Loi n° 664 du 4 février 2005 relative au Médiateur de la République, JO libanais du 10 février 2005, n° 6, p. 487.

¹⁸⁶ Projet de loi en la matière est étudié par les parlementaires libanais.

reconnaissance progressive du caractère économique de l'activité des établissements publics de santé (B).

A. Manifestations jurisprudentielles et législatives du rapprochement public-privé

Bien que l'évolution jurisprudentielle en matière de rapprochement de la responsabilité hospitalière publique-privée ne soit relativement pas récente, elle est une entrée obligatoire pour bien comprendre le chemin de l'évolution de la responsabilité hospitalière en France.

Ces évolutions n'ont pas débuté au moment de l'intervention de la loi Kouchner, mais le législateur français a confirmé et confronté les appréciations des tribunaux avec plus de considérations financières et politiques. En outre, ce chemin jurisprudentiel pourrait avoir une importance majeure pour celui de la juridiction administrative libanaise en s'inspirant du dialogue jurisprudentiel français. Par conséquent, on débutera par les manifestations jurisprudentielles du rapprochement public privé (I), avant d'aborder, les manifestations législatives (II).

I. Les manifestations jurisprudentielles

Dans un certain nombre d'hypothèses concernant la responsabilité hospitalière, la doctrine a pu constater une relative parenté entre les règles, les solutions de la jurisprudence administrative et les solutions de la jurisprudence judiciaire. Déjà perceptible depuis deux ou trois décennies, le phénomène a été encore accentué par des solutions plus récentes. Il est possible à cet égard, de soulever les trois éléments suivants de la responsabilité hospitalière : le régime de la faute, lequel sera un sujet principal lorsque l'on évoquera les fondements juridiques de la responsabilité du service public hospitalier ; le régime du préjudice, lequel a été vu précédemment dans la présentation des évolutions des éléments du droit commun de la responsabilité hospitalière ; l'analyse des obligations, à laquelle on va se livrer dans ces développements.

La nature des obligations en matière hospitalière a toujours fait l'objet d'interrogations et de controverses. Marqué au départ d'un caractère très restrictif, le problème de la nature des obligations en matière hospitalière a évolué cependant dans le sens d'un élargissement de la responsabilité des médecins ou des établissements de santé. On étudiera, ici, la détermination des obligations, puis l'étendue des obligations.

a. La détermination des obligations

À première vue, la différence entre les obligations supportées par les intervenants dans le cadre d'une clinique privée ou d'un hôpital public apparaît fondamentale. Sur la clinique privée pèse une obligation de nature « contractuelle », tandis que sur l'hôpital public pèse une obligation dite « administrative ».

On sait, en effet, que le juge judiciaire a consacré formellement par le célèbre arrêt *Mercier* en 1936¹⁸⁷, que l'obligation du médecin était essentiellement une obligation de nature contractuelle. Un contrat proprement médical, passé entre le médecin et le malade double alors un contrat d'hospitalisation, passé, lui, entre le malade et la clinique. En revanche, à l'hôpital public, cette obligation n'a pas de fondement contractuel, ni sur le plan strictement médical, ni sur le plan de l'hospitalisation ; elle possède un fondement réglementaire, découlant du statut légal, réglementaire ou jurisprudentiel qui fixe le mode d'organisation et de fonctionnement des établissements publics de santé, c'est-à-dire les modalités d'exécution du service public de santé. Les médecins sont soumis à leur statut administratif d'agent public ou de collaborateur du service public ; le malade, lui, est soumis au statut de l'utilisateur du service public de santé.

Cette situation est claire et les différences de rapports juridiques entre les médecins, les services et les malades apparaissent fondamentales. Sur le plan concret, cependant, on peut s'interroger sur la portée réelle de ces différences, plus apparentes que réelles. La notion même d'obligation du droit civil possède un sens beaucoup plus technique et précis que l'obligation administrative du droit public. L'obligation du droit civil qui pèse sur les cliniques et les médecins est fondée sur l'article 1137 du Code civil français, selon lequel le débiteur de l'obligation doit apporter à l'exécution de celle-ci toute l'application et les soins requis pour assurer la satisfaction du créancier, agissant en cela, comme dit le Code, en « *bon père de famille* ». Pour Pierre Sargos, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation, commentant les deux arrêts de la Cour de Cassation les qualifiant « historiques ». Il considère que les deux arrêts de cassation, du 28 janvier 2010¹⁸⁸ et du 3 juin 2010¹⁸⁹, modifient les fondements mêmes du droit de la responsabilité médicale générale et du droit de la

¹⁸⁷ Cass., 20 mai 1936, *Mercier*, D. 1936, Volume 1, n° 88, concl. Matter.

¹⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, D., 2010, p. 440 ; RDSS, 2010, p. 375, obs. Farida Arhab-Girardin.

¹⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, Bull., 2010, I, n° 128.

responsabilité spécifique liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information du patient.

Le premier arrêt, à notre sens, n'est pas susceptible d'apporter un revirement au fondement général de la responsabilité médicale devant le juge judiciaire. La Cour de Cassation a motivé sa décision très brièvement. L'affaire concerne une personne souffrant de douleurs épigastriques dues à un reflux gastro-œsophagien provoqué par une hernie hiatale qui subit le 16 juillet 2002, une intervention chirurgicale consistant en une vagotomie et une pyloroplastie, dont il était résulté de violentes et persistantes douleurs. Le rapport de l'expertise a démontré le caractère injustifié de l'opération chirurgicale. La Cour de Cassation s'est appuyée d'abord sur l'article 16-3 du code civil français qui prévoit qu' « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». La Cour de Cassation ajoute que « *les préjudices de la victime découlaient de façon directe, certaine et exclusive d'une intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée, de sorte qu'ils ouvraient [...] droit à réparation* ». Pour toutes ces raisons, et, selon la théorie générale des contrats, à notre avis, une des conditions de validité du contrat, c'est-à-dire l'objet du contrat, était illicite. C'est la raison qui a incité la Cour de Cassation à ne pas se fonder sur l'article 1147 du Code civil français¹⁹⁰, mais sur les articles 16-3 du code civil et L. 1142-1 du Code de la santé publique. La Cour de Cassation ne s'est pas appuyée sur l'article 1382 de Code civil français comme elle a fait dans sa décision du 3 juin 2010.

En revanche, la décision du 3 juin 2010 est bien historique, comme l'a écrit Pierre Sargos dans son commentaire sur celle-ci, surtout au niveau de l'inexécution de l'obligation d'information par le médecin traitant. Dans cette affaire il s'agissait d'un malade atteint depuis plusieurs années de troubles urinaires s'aggravant pour lesquels un urologue a préconisé et réalisé en avril 2001 une adénomectomie prostatique, mais sans l'informer au préalable du risque grave d'impuissance inhérent à cette intervention, risque qui s'est réalisé. Contrairement à ce que considéraient la cour d'appel, la Cour de Cassation a jugé que « *l'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que le médecin qui manque à cette*

¹⁹⁰ Art. 1147 du code civil prévoit que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.* »

obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation ; qu'en décidant au contraire que M. S. n'aurait perdu aucune chance d'éviter le risque qui s'est réalisé et auquel le docteur P. l'a exposé sans l'en informer, la cour d'appel a violé les articles 16-1, 16-2 et 1147 du Code civil ».

En cassant la décision de la cour d'appel sur ce moyen, l'arrêt du 3 juin 2010 réalise donc un revirement complet par rapport à un arrêt en cassation très critiqué du 6 décembre 2007¹⁹¹ décidant que le préjudice moral ne pouvait être indemnisé en matière de manquement d'un médecin à son devoir d'information. Désormais, uniquement devant la juridiction judiciaire au moins jusqu'à maintenant, la réparation du préjudice moral devient non seulement possible, mais obligatoire en cas de manquement au devoir d'information.

Ce choix unificateur est d'autant plus bienvenu que, dans la réalité, la distinction entre la faute délictuelle et contractuelle n'avait plus guère de signification dès lors que la jurisprudence définissait de plus en plus les fautes par référence au Code de déontologie médicale¹⁹². Ce choix unificateur, pour ce qui concerne l'obligation d'information, repose sur le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, dépasse la sphère contractuelle et ne peut être réparé que sur la base de l'article 1382 du Code civil français. Ce choix unificateur permet aussi au juge administratif et au juge judiciaire de statuer désormais sur un fondement unique, c'est la loi du 4 mars 2002.

Par contre, l'obligation administrative possède un sens un peu plus flou, tourné vers la notion, familière à la responsabilité délictuelle en général, de devoir, de comportement normal et avisé, ou encore, de manière plus précise, vers la notion de rectitude de l'activité ou vers celle d'efficacité du service public. Mais, même en droit privé, la plupart des auteurs effectuent volontiers l'assimilation entre le devoir et l'obligation¹⁹³. Ce rapprochement est confirmé par l'article 2 de la loi française du 31 juillet 1991, en modifiant l'intitulé du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre VII du Code de la santé publique. Antérieurement consacré à la nature et au rôle des hôpitaux et hospices publics, ce chapitre s'intitule désormais :

¹⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2007, Bull. civ. I, n° 380.

¹⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2008, Bull. civ. I, n° 273.

¹⁹³ SANDEVOIR Pierre, « Unité et diversité du contentieux administratif et du contentieux judiciaire dans le droit de la responsabilité hospitalière ». In Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit, Economica, 1996, p. 462.

« *Missions et obligations des établissements de santé* ». Ceci s'ajoute à un autre élément d'unification, en matière purement médicale, avec l'article 36 du Code de déontologie des médecins, qui précise les obligations qui pèsent sur tous les praticiens, quels que soient leur situation et leur établissement de rattachement.

Sur le plan jurisprudentiel, l'obligation du médecin libéral est définie par l'arrêt *Mercier*, de 1936, qui impose au praticien de donner au malade des soins « *consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science* ».

En revanche, l'obligation administrative repose sur les principes et les règles définis dans le Code de la santé publique et, plus largement, sur la notion de « *fonctionnement normal du service* ». Le juge administratif la détermine sur la base des textes et sur la base plus générale de ce que l'on appelle le principe fonctionnel : l'administration entreprend une activité ; elle est tenue aux obligations qu'implique la gestion de cette activité. Or, en matière hospitalière, le juge définit l'obligation administrative selon des exigences souvent très voisines de celles du juge judiciaire : interventions pratiquées par des praticiens qualifiés¹⁹⁴, respect du Code de déontologie des médecins¹⁹⁵, diagnostic attentif¹⁹⁶, choix thérapeutiques corrects ou justifiés¹⁹⁷, contrôle médical suffisant des malades¹⁹⁸, exécution normale des traitements et des opérations¹⁹⁹, et, d'une manière générale, pour l'ensemble de l'activité hospitalière, application des critères de l'objet et du but de l'activité du service. Ces critères impliquent à leur tour l'exigence d'un fonctionnement normal du service public, et notamment : locaux correctement installés, matériels non défectueux, personnels compétents, interventions rapides, relations correctes entre les personnels médicaux et paramédicaux, suivi administratif efficace, surveillance paramédicale suffisante des malades, etc.²⁰⁰

¹⁹⁴ CE, 18 décembre 1953, *Sieur Fresnais*, Rec. CE, 1953, p. 568

¹⁹⁵ CE, 2 décembre 1977, *Dame Rossier Jeanne*, RDP, 1978, p. 559.

¹⁹⁶ CE, 27 mars 1981, *Mme Fréret*, RDP, 1982, p. 215 ; CE, 17 janvier 1986, *Clamens*, JCP, 1986, Actual. n° 5.

¹⁹⁷ CE, 23 décembre 1981, *C.H. Sainte Anne*, Rec. CE, 1981 Tables, p. 909 ; CE, 29 janvier 1982, *Mlle Ciacci*, Rec. CE, 1982, Tables, p. 742.

¹⁹⁸ CE, 6 mai 1985, *CHR de Rennes*, RDP, 1986, p. 898.

¹⁹⁹ CE, 14 décembre 1981, *CH de Pontoise*, Rec. CE, 1981, Tables, p. 904.

²⁰⁰ Voir par exemple CE, 15 avril 1983, *Epoux Rousseau*, Rec. CE, 1983 p. 156 ; CE, 5 janvier 1962, *Legendre*, Rec. CE, 1962, Tables, p. 1105 ; CE, 23 janvier 1981, *Hôpital communal de Meulan*, RDP, 1982, p. 215 ; CE, 23 janvier 1981, *AP à Paris*, RDP, 1982, p. 214.

Sur le plan du fonctionnement pratique et quotidien de l'activité hospitalière, la nature des obligations qui pèsent sur les cliniques privées n'est donc pas foncièrement différente des obligations qui pèsent sur les hôpitaux publics. Cette parenté se trouve également à propos de l'étendue des obligations.

b. L'étendue des obligations

Le problème, ici, apparaît un peu plus précis que le précédent, car il concerne essentiellement la distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens. Traditionnellement, en matière hospitalière, la juridiction judiciaire a reconnu que, par leur caractère souvent aléatoire, sinon parfois conjectural, les activités de santé ne devaient être assujetties qu'à des obligations de moyens, le médecin, et éventuellement les services complémentaires ou annexes, devant témoigner d'une qualification et d'une diligence conformes à l'évolution de la science ou à l'état des techniques, sans avoir à garantir le résultat des interventions, c'est-à-dire la guérison parfaite du malade ou le parfait résultat des interventions²⁰¹. La jurisprudence administrative a adopté la même solution, de manière parfois plus extensive, avec, longtemps, l'exigence d'une faute lourde en matière médicale.

Par contre, dans quelques hypothèses spéciales, la jurisprudence des tribunaux judiciaires a adopté une solution différente à l'égard des cliniques privées, en exigeant une obligation de résultat, ou, selon les situations, une obligation dite de sécurité. Une telle solution a été admise, principalement en matière d'examens de laboratoires, en matière d'utilisation d'instruments, en matière de prothèses dentaires, ou en matière d'infections nosocomiales²⁰².

De son côté, la jurisprudence administrative française a renforcé les obligations des intervenants lors de l'utilisation d'instruments. Certes, le juge administratif n'emploie-t-il pas les expressions mêmes d'obligation de résultat ou d'obligation de sécurité, mais, selon les formules habituellement utilisées, il relie la survenance d'un accident aux déficiences d'un appareil ou de produits thérapeutiques ou en déduisant directement « *une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service* »²⁰³.

²⁰¹ Cass. civ., 28 juin 1960, JCP 1960, II, 11787, obs. Savatier.

²⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 1972, D. Sirey, 1972, n° 243 ; Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1996, *B / Sté Clinique Bouchard*, Bull. civ. 1996, I, n° 219 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1999, *CPAM de Seine St Denis*, Bull. civ. 1999, I, n° 220.

²⁰³ CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, Rec. CE, 1988, p. 431 ; CE, 1^{er} mars 1989, *Epoux Peyras*, Rec. CE, 1989, p. 65.

D'autre part, concernant les questions de procédure, les deux cours suprêmes adoptent le plus souvent des réponses identiques, par exemple sur les conditions d'entrée en vigueur des différentes dispositions de la loi du 4 mars 2002 ou plus récemment sur l'application des nouvelles règles aux recours subrogatoires des tiers payeurs. La Cour de Cassation française, par plusieurs avis²⁰⁴, s'est calée sur la solution retenue par le Conseil d'État dans l'avis contentieux *Lagier*²⁰⁵ du 4 juin 2007. C'est seulement dans des cas exceptionnels que des réponses divergentes sont maintenues, en toute connaissance de cause.

Enfin, s'agissant des niveaux d'indemnisation, si le juge administratif a pendant longtemps, et à juste titre, été critiqué pour la faiblesse des condamnations prononcées, les écarts ont été réduits, supprimés, voire inversés dans certains domaines. L'utilisation de méthodes communes, et en particulier d'un référentiel indicatif commun²⁰⁶, permet de parvenir à des fourchettes d'indemnisations comparables. Au sein de la justice administrative, le rôle unificateur du Conseil d'État, Cour suprême compétente pour, après cassation, régler le cas échéant l'affaire au fond, contrairement à la Cour de cassation, et le plus petit nombre de juridictions d'appel au sein de la juridiction administrative, sont des facteurs très forts d'homogénéisation des jurisprudences dont l'ordre juridictionnel judiciaire ne bénéficie pas. L'attitude du juge administratif se rapproche ici, indéniablement, de celle du juge judiciaire. Mais le rapprochement n'était pas seulement au niveau jurisprudentiel, il est législatif aussi.

II. Les manifestations législatives

En France, les diverses crises sanitaires ont ponctué les deux dernières décennies. Par exemple, l'affaire dite « du sang contaminé », l'affaire de l'amiante ou encore de l'hépatite C et des autres affaires ont assurément été riches d'enseignements pas seulement pour les juristes, mais elles ont également été l'occasion de savantes et de savoureux échanges doctrinaux par lesquels le législateur français s'est inspiré pour ses règles dans le domaine médical.

Tandis que, au Liban, il n'y a pas eu une cause médicale nationale autant qu'en France. Les termes du débat ont été d'ordre social plutôt que médical. C'est la raison qui a provoqué le législateur libanais à répondre à ces questions médico-sociales par des moyens médico-

²⁰⁴ Trois avis du 29 octobre 2007, n° 07-00015 à 07-00017, Bull. civ., n° 10 et 11 ; Avis du 6 octobre 2008, Bull. crim., 2008, n° 4.

²⁰⁵ Avis contentieux du 4 juin 2007, Rec. CE, 2007, p. 228.

²⁰⁶ La « grille » de l'avis contentieux *Lagier* en 2007, *Ibidem* et la nomenclature dite « Dintilhac » élaborée dans un rapport d'un groupe de travail dirigé par Jen-Pierre Dintilhac, Président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation en juillet 2005.

sociaux afin de rééquilibrer la relation entre le médecin et son malade par la loi du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé : en d'autres termes, par le libre accès au dossier médical, le secret médical et de la vie privée, le consentement préalable éclairé et l'indemnisation des accidents médicaux sur le fondement de la solidarité nationale.

Mais l'équilibre de la relation médecin-patient notamment en médecine libérale repose sur une relation juridique illustrée par le contrat médical. Traditionnellement, en effet, le patient se trouvait dans une situation particulière dépendance non seulement du fait de son état morbide mais également parce que la relation médicale n'était pas fondée sur l'échange. Le contrat médical a ainsi permis de rééquilibrer la relation médicale en faisant du patient non seulement un sujet de droits mais également un partenaire de la relation médicale.

Or, l'on se doit de s'interroger sur la signification actuelle du contrat médical, ainsi que, sur la pertinence de la distinction entre les situations juridiques contractuelle et statutaire. Pour répondre à toutes ces interrogations, il est utile de se prononcer sur la pertinence de la distinction contrat/statut (a), sur les associations d'usagers du système de santé (b), ainsi que sur le droit d'accès au dossier médical (c).

a. La pertinence de la distinction contrat-statut

D'après la tendance unificatrice du législateur français et libanais dans le domaine médical, il est raisonnable de s'interroger sur les effets de l'unification dans la condition juridique des patients du secteur privé et ceux du secteur public.

1. L'unification de la condition juridique des patients

Si on observe l'évolution des règles du droit médical, on peut apercevoir une certaine harmonisation de la condition juridique des patients en France, plus ou moins au Liban, par le dépassement des clivages traditionnels.

Commençons par le droit interne. Le législateur donne une primauté à la dignité de la personne humaine, peu importe le secteur dans lequel le patient reçoit son traitement. La loi française du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain²⁰⁷ a ainsi strictement réglementé les atteintes portées au corps afin de préserver la dignité de la personne humaine.

²⁰⁷ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, JO du 30 juillet 1994, p. 11056 et s.

Elle a notamment affirmé le principe de l'inviolabilité du corps humain et, donc, de la nécessité d'obtenir le consentement de la personne préalablement à tout acte médical, celui de l'absence de patrimonialité du corps humain et de ses différents éléments, celui de la justification thérapeutique de toute atteinte à l'intégrité du corps humain et celui de l'interdiction formelle de porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et de l'interdiction corrélative des pratiques eugéniques. La loi du 4 mars 2002 a codifié dans le Code de la santé publique les droits fondamentaux de la personne au sein du système de santé. En outre, la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique a encadré les activités de bioéthique afin d'assurer le respect de la personne humaine. Au niveau du droit libanais, une telle tendance²⁰⁸ existe, mais timide. Elle concerne le droit à l'information, le consentement éclairé préalable et le droit d'accès au dossier médical. Et, la loi de la déontologie médicale²⁰⁹ est appliquée aussi aux médecins praticiens aux hôpitaux publics comme ceux des hôpitaux privés.

Par ailleurs, la politique d'affirmation des droits des patients hospitalisés s'appuie, en outre, sur la notion œcuménique d'établissement de santé qui est née, en France, de la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière et rassemble des établissements publics et privés. Or, comme le relèvent Jacques Moreau et Didier Truchet « *dès lors qu'une structure de soin entre dans la catégorie [établissement de santé], elle est soumise à des règles de plus en plus nombreuses dont l'application est indifférente à son statut public ou privé.* »²¹⁰

De son côté, l'article 31 de la loi du 4 février 1995²¹¹ portant diverses dispositions d'ordre social a introduit dans le Code de la santé publique français une disposition selon laquelle « *les établissements de santé mettent en œuvre les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent.* » De même, la loi du 9 juin 1999²¹² visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs précise, en son article 7, que l'ensemble des établissements de santé, publics comme privés, ont l'obligation de mettre en œuvre « *les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent et à assurer les soins palliatifs que leur état requiert, quelles que soient l'unité et la structure de soins dans laquelle ils ont accueillis.* »

²⁰⁸ Loi n° 574 du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé, précitée.

²⁰⁹ Loi n° 288 du 22 février 1994 relative à la déontologie médicale, JO libanais, 3 mars 1994, n° 9, p. 239.

²¹⁰ MOREAU Jacques et TRUCHET Didier, *Droit de la santé publique*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2004, p. 67.

²¹¹ Loi n° 95-116 du 4 février 1995, JO de la République française du 5 février 1995, p. 1992 et s.

²¹² Loi n° 99-477 du 9 juin 1999, JO de la République française du 10 juin 1999, p. 8487 et s.

La Charte du patient hospitalisé, annexée à la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995, rappelle les droits fondamentaux de la personne hospitalisée, et elle est applicable dans les établissements publics comme dans les établissements privés de santé.

Cette tendance unificatrice est saluée par le législateur libanais, avec l'article 2 de la loi relative aux droits des malades et au consentement éclairé de 2004 qui prévoit que « *chaque malade, soigné par un médecin ou par un établissement de santé, a droit d'être informé de son état de santé...* »

Pourtant, la conclusion d'un contrat médical, dans le domaine privé ou en matière de la clinique ouverte, déclenche *ipso facto* la mise en œuvre d'un statut protecteur de la personne malade, défini par les lois et règlements, et qui ne saurait, bien entendu, faire l'objet d'aucune négociation.

2. Le caractère hybride du contrat médical

Le contrat médical apparaît comme un objet juridique hybride, empruntant à la fois au contrat et au statut, bouleversant les clivages traditionnels de la pensée juridique. Il oppose le droit négocié au droit imposé, l'autonomie à l'hétéronomie, les situations juridiques subjectives et particulières aux situations juridiques objectives et générales et les intérêts privés à l'intérêt général. Comme le relève Jean-Marie Auby, « [...] *la situation du malade en médecine libérale n'est pas très différente de celle du malade en hospitalisation publique.*²¹³ ». Cependant, il est nécessaire de s'interroger sur la nature véritablement contractuelle du contrat médical.

En effet, dans nul autre contrat les dispositions objectives et statutaires n'apparaissent si nombreuses et déterminantes et, *a contrario*, la part du négocié et de l'autonomie si réduite. En l'espèce, un accord tacite à la suite duquel médecin et patient se verront imposer des obligations définies par les lois et règlements mérite-t-il la qualification contractuelle ? Peut-on encore parler du contrat ?

La qualification contractuelle du contrat médical, dont on rappelle qu'il est un contrat civil, est rendue possible grâce à la définition extensive du contrat adoptée par la doctrine civiliste.

²¹³ AUBY Jean-Marie, « *Aperçus sur la situation juridique du malade dans le système de santé français* », LPA, 21 mai 1997, n° 61, p. 5.

En outre, la doctrine admet, en général, qu'il n'est pas nécessaire que les effets de droit produits par le contrat aient été librement déterminés par les parties à l'accord. Du point de vue publiciste, la situation juridique est différente. La doctrine publiciste apparaît, sur ce point, plus divisée. Si une partie de la doctrine, à l'image de Marcel Waline, retient une définition large du contrat, une autre partie, arguant de l'irréductible antinomie des domaines du contractuel et du statutaire, refuse la qualification de contrat aux accords de volontés créateurs de situations juridiques objectives²¹⁴. Ainsi, Léon Duguit distingue-t-il notamment le contrat de l' « Union ». Il précise que, s'agissant de l' « Union », « [...] Il y a, comme dans le contrat, un accord de volontés, une convention, mais les parties ne jouent pas un rôle opposé ; elles poursuivent un même but ; et elles n'ont pas l'intention qu'il naisse entre elles un rapport de créancier à débiteur, une relation juridique subjective. Elles ont l'intention qu'il naisse une situation juridique objective ou une règle générale et permanente ; et ainsi l'union se distingue bien nettement du contrat. »²¹⁵

Ainsi, la nature hybride du contrat médical comme les évolutions du statut de la personne malade ont pour conséquence que la condition juridique de l'usager du service public hospitalier est de plus en plus similaire à celle du malade de l'établissement privé de santé. Cette uniformisation est renforcée par un mouvement d'harmonisation des jurisprudences administrative et civile en matière de responsabilité médicale. L'une des manifestations les plus visibles du dualisme juridique va ainsi voir sa pertinence être progressivement remise en cause.

Or, le rapprochement public-privé en matière du droit de la responsabilité hospitalière n'est pas en sens unique, mais il est renforcé par un rapprochement de sens inverse. En d'autres termes, un phénomène qui se trouve traditionnellement dans le domaine du droit privé, illustré par les associations des usagers du système de santé, est introduit dans la relation des usagers avec le service public hospitalier. Ce phénomène est inspiré de la tendance de l'administration à améliorer sa relation avec les citoyens, ainsi que par la notion de démocratie sanitaire codifiée par la loi Kouchner du 4 mars 2002.

²¹⁴ POCHAT Hélène, *Les transformations du droit hospitalier contemporain*, thèse en droit public soutenue à Nantes le 8 juillet 2005, p. 274.

²¹⁵ *Ibidem*.

b. Les associations agréées d'usagers du système de santé

Contraignant à rompre avec une conception individualiste du droit laquelle oppose, dans un antagonisme irréductible, l'État et l'individu, niant ainsi toute idée de collaboration des particuliers au fonctionnement des services publics, obligeant à abandonner une conception de l'intérêt général imperméable à la diversité des intérêts particuliers, imposant de renoncer à une culture du service public au sein de laquelle, traditionnellement, « *l'administré ne peut s'ingérer dans l'organisation et l'exécution du service* »²¹⁶, émerge, à l'orée du XX^{ème} siècle, l'idée d'une collaboration nécessaire des usagers au fonctionnement des services publics²¹⁷.

Par conséquent, suite aux évolutions dans le domaine médical, il est apparu nécessaire d'accorder une large place à la représentation collective des usagers afin notamment de permettre leur intervention dans le débat public sur des questions majeures de santé publique et d'organisation du système de santé. En effet, les dernières grandes crises de santé publique en France et une prise de conscience croissante des conséquences parfois négatives sur la santé des avancées des biotechnologies ont montré que les pouvoirs publics se trouvaient de plus en plus confrontés à des décisions qui, par leur nature, sont extrêmement techniques alors que, par la gravité des enjeux qui y sont attachés, elles impliquent pour être légitimes une grande adhésion de l'ensemble des citoyens. Aussi comme l'affirmait Bernard Kouchner « *Il apparaît indéniable que les associations de patients doivent devenir des interlocuteurs réguliers des pouvoirs publics, et bien sûr des indispensables médecins [...] l'investissement du champ médical, l'appropriation des techniques thérapeutiques par les utilisateurs constitue une nécessité sociale* »²¹⁸.

Dans le domaine de la santé, le mouvement associatif est en effet en grande partie à l'origine de la transformation de la relation médecin-patient mais aussi du processus de décision publique, une situation juridique contraire à la théorie générale du droit administratif, ainsi qu'aux moyens de gestion du service public. Dans un service public administratif, l'administration exécute celui-ci par des actes administratifs unilatéraux. Ce n'est pas le cas actuel du service public hospitalier en France. Cette transformation est l'expression de ce que

²¹⁶ DU BOIS DE GAUDUSSON Jean, *L'usager du service public administratif*, Paris : LGDJ, 1974.

²¹⁷ Sur ce point, et sur les raisons qui ont conduit à l'émergence de cette collaboration, deux thèses sont à consulter, GENY B., *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, thèse en droit soutenue à Nancy en 1930 ; CAHEN-SALVADOR Jean, *La représentation des intérêts et les services publics*, thèse en droit soutenue à Paris en 1935.

²¹⁸ LAUDE Anne, « *Les droits collectifs des usagers du système de santé* », LPA, 19 juin 2002, n° 122, p. 23.

l'usager du système de santé souhaite des relations plus participatives avec les autres acteurs du système de santé, induisant de nouvelles formes d'expression démocratique.

En effet, un des apports essentiels de la loi du 4 mars 2002 consiste dans la participation des usagers dans l'établissement de santé, public comme privé. Les associations de patients et de bénévoles ne rendent pas compte à elles seules, de la richesse de ce fait de société. On trouve également des associations d'usagers du système de santé. Leur vocation est d'affirmer la présence des usagers au sein des institutions hospitalières. Ces associations représentent les usagers dans de nombreuses instances : le Conseil de surveillance des établissements publics de santé²¹⁹, en premier lieu, mais également les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation²²⁰, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux²²¹ ou encore les agences régionales de santé²²².

Avec la loi du 4 mars 2002, seules les personnes membres des associations agréées pourront siéger dans les instances hospitalières et de santé publique. L'agrément national est délivré par le ministre chargé de la santé, l'agrément régional par le préfet de région²²³.

À la différence d'autres procédures d'agrément, le contentieux de l'agrément prévu par la loi du 4 mars 2002 est presque inexistant. Seuls certains tribunaux administratifs ont eu à se prononcer sur de telles contestations et à apprécier le critère de l'activité effective et publique en vue de la défense des droits des personnes malades et des usagers du système de santé²²⁴ ou encore celui de représentativité de l'association²²⁵.

L'intégration progressive des associations comme représentants des usagers au sein des institutions sanitaires est un phénomène qui a naturellement conduit les pouvoirs publics à renforcer le rôle de celles-ci. Dépassant leur vocation originelle de soutien aux malades et à leur famille, elles se sont progressivement affirmées comme des acteurs collectifs de soins. C'est ainsi que dans les établissements publics de santé, les usagers sont présents au sein des

²¹⁹ Art. L. 6143-5 du CSPF.

²²⁰ Art. R. 1142-24 du CSPF.

²²¹ Art. R. 1142-43 du CSPF.

²²² Art. D. 1432-15 du CSPF.

²²³ Respectivement articles R. 1114-9 et R. 1114-12 du CSPF.

²²⁴ TA Paris, 21 janvier 2010, *Association Alliance pour les droits de la vie*, n° 0614746 ; TA Paris, 2 juillet 2010, *Association Notre Village*, n° 0805870.

²²⁵ TA Paris, 7 avril 2011, *Association française de lutte anti-rhumatismale*, n° 0901792 ; TA Marseille, 22 novembre 2011, *Association Sou de poche de l'hôpital Louis Pasteur*, n° 1003031.

conseils d'administrations²²⁶. De même, depuis la loi du 4 mars 2002, ils sont membres de la « *commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge* »²²⁷.

Par contre, le législateur libanais ne s'est pas inspiré de l'idée de représentants des usagers au sein des établissements publics de santé, ni même dans les établissements privés malgré l'influence traditionnelle des évolutions de la loi française au niveau juridique et social. C'est une question sociale dont le législateur libanais ne sent point son importance et les autorités de la société civile semblent absentes. Le malade libanais n'est pas conscient de ses droits médicaux, un phénomène qui concerne tous les pays du tiers monde. Invitons le législateur et la doctrine libanais à assumer leur responsabilité en la matière. Le moindre effet serait une satisfaction pour les usagers du service public hospitalier qui pourrait rééquilibrer une telle injustice sociale.

De sa part, Les associations de santé se voient essentiellement attribuer deux sortes de droits. D'une part, elles se voient accorder la possibilité d'exercer des droits reconnus à la partie civile en vertu des dispositions de l'article L. 1114-2 du CSPF, lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée. Elles ne peuvent pas exercer l'action civile *stricto sensu* dans l'intérêt collectif des usagers du système de santé sauf si une infraction pénale²²⁸ a été commise, une action civile qui devrait être fondée sur un intérêt collectif. Celui-ci s'entend comme l'intérêt commun à un ensemble d'usagers lésés par un acte de large diffusion et se situe donc à mi-chemin entre l'intérêt individuel de chaque usager et l'intérêt général de l'ensemble des citoyens.

D'autre part, les associations des usagers se voient reconnaître un certain nombre de droits favorisant l'expression de la démocratie sanitaire. À ce titre, elles représentent les usagers dans un certain nombre d'instances hospitalières et de santé publique, surtout dans les conseils d'administration des hôpitaux publics et les conseils régionaux de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux²²⁹.

²²⁶ Art. L. 6143-5 du CSPF.

²²⁷ Art. L. 1112-3 du CSPF.

²²⁸ Seules les infractions prévues aux articles 221-6, 222-19 et 222-20 du Code pénal, ainsi que les infractions prévues par le Code de la santé publique portant préjudice à l'intérêt collectif des usagers du système de santé donnent compétence aux associations.

²²⁹ Les représentants des usagers du système de santé siègent également dans la commission départementale des hospitalisations psychiatriques, les nouveaux ordres professionnels de professions paramédicales baptisés conseils et dans le conseil d'administration de l'institut national de prévention et d'éducation pour la santé.

Être acteur du système de santé, cela entraîne la reconnaissance de droits mais aussi de devoirs. C'est donc aussi la mise à la charge des associations d'usagers d'un certain nombre de responsabilités qui participent à la reconnaissance de leur nouveau rôle d'acteurs du système de soins. Ainsi, l'article L. 1111-1 du CSPF dispose que « *les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose* »²³⁰. Ces responsabilités sont essentiellement de deux ordres : les unes découlent en quelque sorte du mésusage des droits qui leur sont conférés (1), les autres sont inhérentes à leur nouveau rôle d'acteur de santé et sont relatives aux responsabilités qui pèsent sur les associations de santé et même plus particulièrement sur les usagers quant aux contraintes économiques des politiques de santé qu'ils déterminent (2).

1. Responsabilité du mésusage des droits conférés

Les associations d'usagers du service de santé pourront voir leur responsabilité engagée dans un certain nombre de cas. En effet, les professionnels de santé, les industries pharmaceutiques, les instances étatiques sont fondés à demander réparation des agissements fautifs que l'association leur aurait causés. Cette responsabilité des associations de malades ou d'usagers du système de santé pouvant alors être aussi bien civile que pénale.

L'action en responsabilité civile sera intentée devant les juridictions de l'ordre judiciaire puisque les associations sont des personnes morales de droit privé. Cette action pourra être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil français, c'est-à-dire au titre d'une responsabilité délictuelle. À cet effet, il conviendra d'établir la faute de l'association. Celle-ci peut être avérée notamment lorsque le but poursuivi n'est pas la défense de l'intérêt collectif de ses membres, ou lorsque la mesure employée apparaît totalement disproportionnée. Mais les associations d'usagers se voient aussi dotées d'une mission plus générale consistant à effectuer des choix économiques liés aux politiques de santé et susceptibles d'engager à ce titre leur responsabilité.

2. Responsabilité issue des contraintes économiques des politiques de santé

En reconnaissant aux associations d'usagers la faculté de participer aux débats majeurs de santé publique, le législateur a entendu leur accorder la faculté de participer aux

²³⁰ Art. 11 de la loi du 4 mars 2002.

orientations générales de santé. Or celles-ci passent inévitablement on le sait par la détermination de flux de dépenses et de recettes nécessaires à la réalisation des actions déterminées. Ainsi, les usagers vont devenir par l'intermédiaire de ces associations responsables des choix financiers que la politique de santé publique impose.

Il est en effet normal de reconnaître qu'à partir du moment où elles ont leur mot à dire sur le financement de la santé publique, elles assument un certain nombre de responsabilités quant à la détermination de ces choix et quant au respect de ces engagements. C'est aussi cela être acteur du système de santé. Reste que les modalités de la mise en jeu de cette responsabilité sont ici très diverses, mais elles passent inévitablement par la difficile remise en cause de choix et d'équilibres financiers auxquels on a librement consenti. N'est-ce pas là le prix à payer pour associer et rendre responsables les différents acteurs de santé du choix de la politique de protection sociale de demain ? C'est peut-être là aussi la grande innovation de la loi du 4 mars 2002. À celle-ci, il s'ajoute l'accès direct au dossier médical puisque cette loi ci fait une avancée juridique pour ce que l'on appelle le dossier médical en ligne.

c. L'accès au dossier médical

Le droit à l'information du patient est le socle de la relation que celui-ci entretient avec son médecin. C'est la raison pour laquelle il a fait l'objet d'une attention toute particulière des auteurs de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, qui intègrent par celle-ci à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, le principe selon lequel « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». Ce droit est par ailleurs conforté par une règle nouvelle, désormais proclamée à l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique : l'accès direct du malade à son dossier médical. L'adoption de ce texte, le droit d'accès du patient à son dossier était certes reconnu en France mais il ne pouvait s'exercer que par l'intermédiaire d'un médecin désigné à cet effet²³¹.

Certes la qualification juridique des documents conservés dans les archives d'un hôpital public diffère de celle des documents conservés dans un hôpital privé, documents administratifs dans le premier et documents professionnels dans le deuxième, mais le législateur français, comme son homologue libanais, traite ces documents de nature juridique

²³¹ Loi hospitalière n° 91-748 du 31 juillet 1991.

différente, de la même manière. Le patient a le droit d'accéder à ces informations directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne et d'en obtenir communication, dans des conditions définies par voie réglementaire au plus tard dans les huit jours suivant sa demande et au plus tôt après qu'un délai de réflexion de quarante-huit heures aura été observé, réserve faite des cas où le délai change selon les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 1111-7 du CSPF.

Or, en principe, l'accès à tous les documents administratifs est soumis à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978²³². Tandis que, dans le cas libanais, le législateur ne prévoit aucun délai pour l'exécution du droit d'accès, ce qui, dans beaucoup des cas compliqués, peut rendre caduc ce droit d'accès. Au Liban, il n'y a pas encore une loi qui codifie les dispositions de l'accès des administrés aux documents administratifs. Il n'y a qu'un projet de loi. Ceci fait obstacle aux victimes. Ces dernières vont se heurter à cette inertie législative. Malheureusement, encore une fois, l'effort du législateur libanais dans le domaine médical n'est pas suffisant pour répondre aux besoins des usagers du service public hospitalier libanais.

Hors la discussion juridique législative et jurisprudentielle, les transformations dans la méthode de gestion et dans le fonctionnement du service public hospitalier nous donnent un signe positif de la réalité des méthodes de travail des établissements du service public hospitalier.

B. La reconnaissance progressive du caractère économique de l'activité des établissements publics de santé

En France, le Conseil de la concurrence a pu surprendre en 1991 lorsqu'il a décidé que les chirurgiens libéraux agissaient sur un marché des soins et constituaient des entreprises au sens de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence²³³. On peut s'interroger sur la justesse de cette analyse qui, bien que s'estompant, conduit à sous-estimer les conséquences de la convergence entre les établissements publics et privés de santé,

²³² L'utilisateur a un droit d'accès aux documents administratifs, dans les conditions prévues par cette loi. Il en fait la demande auprès du directeur de l'hôpital. En cas de refus exprès ou tacite de celui-ci, il peut solliciter l'avis de la Commission d'accès aux documents administratifs.

²³³ La Cour de Paris a rejeté l'appel car si « l'activité professionnelle de soins médicaux est spécifique..., le choix du patient est dicté par des considérations personnelles où l'aspect financier n'est sans doute pas prioritaire..., et il n'est pas possible d'écarter cette activité du champ d'application du droit de la concurrence dont les textes ne commandent pas de distinction selon la nature ou l'objet des différentes activités de services », CA de Paris, 1^{ère} ch., 15 juillet 1992, *Ass. ASSECO-CFDT du Lot-et-Garonne*, RDSS, 1992, p. 608, note Louis DUBOUIS.

organisée par le plan Hôpital 2007²³⁴ et puis par le plan 2012²³⁵. Il s'avère en effet, que l'hôpital public entre progressivement dans le champ du droit économique et de la concurrence et que les risques de sanctions de la violation de l'égalité et de la concurrence par les hôpitaux ou par les autorités publiques prenant des décisions les concernant, sont croissant.

Le 12 juillet 2001, la CJCE a jugé que les hôpitaux exerçaient une activité « économique » à partir d'un raisonnement qui pouvait être critiqué au regard du système français. Elle a considéré que le fait que la prestation médicale soit financée directement par les caisses d'assurance maladie sur la base de tarifs préétablis n'est pas de nature à faire obstacle à la qualification de prestation de services au sens du traité européen²³⁶. Elle ajoute que « celle-ci n'implique pas que le service soit payé directement par le bénéficiaire mais que le financement reçu par l'hôpital est la contrepartie économique des prestations hospitalières et présente « incontestablement un caractère rémunérateur » pour le chef de l'établissement hospitalier qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité de type économique.

Ainsi, la Cour s'appuie sur le premier critère qui sert à distinguer les services publics administratifs des services industriels et commerciaux, celui de l'activité qui pourrait être exercée par une entreprise privée. L'origine du financement n'est pas déterminante. En l'espèce, la contrepartie économique de la prestation était l'enveloppe versée par la sécurité sociale à partir de cotisations qui sont prélevées pour être affectées au paiement des soins, et qui ne font donc que transiter par un relais public pour les besoins d'une opération préalable de solidarité nationale. C'est une autre façon de dire que le service d'intérêt général se trouve au stade de l'organisation de l'accès de tous aux soins, par la réunion de la capacité contributive des assurés dans un fonds commun afin de les financer, tandis que l'activité des établissements de santé est d'intérêt économique général, exception faites de certaines de leurs missions.

²³⁴ Le plan hôpital 2007 est une série de mesures annoncées en France le 4 septembre 2003, visant à moderniser l'offre de soins. Il s'agit notamment de réduire l'augmentation des dépenses de santé qui ne cesse de croître plusieurs décennies. On retrouve parmi ces mesures l'instauration de la nouvelle gouvernance hospitalière et la tarification à l'activité.

²³⁵ Le plan hôpital 2012 est un plan pour les établissements publics et privés au service de la santé des patients et de l'excellence de la médecine française. Il a été annoncé en France le 13 février 2007 par le ministre de santé, Monsieur Xavier Bertrand. Il succède au plan hôpital 2007. Le principe du plan hôpital 2012 est d'apporter des aides d'État pour cofinancer des projets de modernisation d'hôpitaux, à hauteur de 50 % en moyenne.

²³⁶ CHAVRIER Géraldine, « *Etablissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence* », RDSS, n° 2, 2006, p. 274.

Un hôpital-entreprise a été créé dont le financement est lié au service rendu et qui devra développer des outils de pilotage médico-économiques, avec un budget établi en fonction des recettes prévisionnelles équilibrant les dépenses²³⁷. Cette tarification à l'activité s'applique aux établissements publics et privés titulaires d'autorisations hospitalières.

En tout état de cause, la précision législative selon laquelle les établissements publics et privés de santé associés au service public exercent une activité qui n'est ni industrielle ni commerciale « à titre principal » ne fait pas obstacle au caractère « économique » de leur activité. Au contraire, l'évidence de cette qualification ainsi que la meilleure lisibilité du marché des soins résultant de la convergence entre établissements privés et publics permettent de préciser les modalités d'application du droit de la concurrence aux hôpitaux.

Pour tout ce qui précède, on peut comprendre les conditions dans lesquelles le service public hospitalier satisfait les besoins des usagers, surtout en France, pays où les évolutions et les modifications dans le domaine de la santé sont fréquentes. Mais on peut dire en même temps que, par référence à l'actualité française, les évolutions libanaises en la matière sont prévisibles.

La question du rapprochement du droit public-privé en matière de la santé ne s'arrête pas à ce niveau. Elle va jusqu'aux responsabilités en commun depuis toujours, lesquelles, seront le sujet discuté dans la deuxième section de ce chapitre, avant d'aborder le sujet principal concernant la responsabilité médicale administrative dans le chapitre suivant.

Section 2. Les différents types en commun de responsabilité

Le seul intitulé de cette section soulève un certain nombre d'interrogations. Plusieurs précisions sont nécessaires. Depuis toujours, la responsabilité pénale est un terme qui ne soulève aucune ambiguïté dans son interprétation, par opposition à la responsabilité civile, administrative ou la responsabilité disciplinaire. La responsabilité pénale est un type de responsabilité qui accompagne tout type de responsabilité médicale dans les cas où les conditions d'engagement de la responsabilité pénale sont réunies. Elle se traduit, si cette responsabilité est reconnue, par une peine, par une sanction qui sera prononcée contre le

²³⁷ <http://www.sante.gouv.fr/htm/dossiers/t2a/accueil.htm>

médecin qui aura été jugé et reconnu coupable d'avoir commis une infraction. Et, bien entendu, tant que ce dernier n'aura pas fait l'objet d'une décision définitive de condamnation, il est en principe protégé par la présomption d'innocence.

À côté de cette responsabilité pénale, il y a aussi la responsabilité disciplinaire qui existe dans tous les types d'établissements, public et privé, de santé, sans oublier le rôle du directeur d'hôpital ainsi que sa responsabilité en tant que directeur d'hôpital. On va commencer par l'analyse de la responsabilité pénale et disciplinaire § 1. Puis, le § 2 sera consacré à la tendance à la dépenalisation du droit médical.

§ 1. La responsabilité pénale et disciplinaire dans le domaine médical

La mise en œuvre de la responsabilité pénale a pour objectif en principe de sanctionner l'auteur d'un dommage subi par autrui, portant également atteinte à la société²³⁸. L'acte met en cause l'ordre social. En pratique, dans le domaine médical, les actions de cette nature restent peu nombreuses malgré l'augmentation régulière du nombre des plaintes.

Dans un établissement de santé, la mise en œuvre de la responsabilité pénale peut concerner toute personne qui y exerce une fonction, quelle que soit celle-ci. Le cas du médecin est le plus fréquemment cité²³⁹. Mais le directeur de l'établissement peut être concerné²⁴⁰ comme l'infirmier ou l'infirmière, le pharmacien, l'ingénieur, la surveillante générale, l'aide soignante... Les principes qui vont être exposés sur la responsabilité pénale valent quelle que soit la nature de l'établissement de santé. L'étude de la responsabilité pénale n'appelle pas seulement la responsabilité du médecin traitant ou son établissement de santé (A), mais aussi le directeur de l'établissement de santé (B).

A. La mise en œuvre de la responsabilité pénale et disciplinaire

De manière classique, par application du principe de légalité des délits et des peines, cette responsabilité ne peut être mise en œuvre que sur la base d'une faute dûment

²³⁸ le cas de faire 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 est puni en droit pénal français.

²³⁹ PALEY-VINCENT Catherine, « *Que peut faire le médecin face à des attaques abusives ?* », Revue Responsabilité, n° 24, déc. 2006.

²⁴⁰ FAUGEROLAS Patrick, « *Sécurité, précaution et responsabilité du directeur d'hôpital* », RDSS, 1999, p. 546.

constatée par le juge pénal et conforme à une certaine qualification donnée par les textes du code pénal.

Ce sont des centaines d'infractions qui guettent le médecin dans l'exercice de l'activité médicale, profession à haut risque, qui inclut le droit commun, c'est-à-dire les infractions qui sont dans le Code pénal, qui peuvent être commises par n'importe qui et, donc aussi par des médecins. Parmi ces infractions, il y a les atteintes volontaires et les atteintes involontaires à l'intégrité physique des personnes, la non-assistance à personne en péril, ainsi que la mise en danger d'autrui. Mais il s'y ajoute tout un droit pénal professionnel, qui ne peut être commis que par les membres des professions médicales. La plus fréquente est la violation du secret professionnel médical. On relève en outre toutes les infractions liées à l'I.V.G., à la sécurité sociale, les faux certificats et les délivrances de fausses prescriptions.

Quel que soit le domaine concerné, outre la faute, la mise en œuvre de la responsabilité pénale suppose l'existence d'un dommage pour la victime et d'un lien de causalité formel entre la faute et le dommage²⁴¹. Ces trois éléments qui se présentent sous formes différentes sont nécessaires, le juge pénal ne pouvant condamner un coupable dans chacun des cas de mise en cause éventuelle de la responsabilité pénale des personnes physiques travaillant dans un établissement de santé.

La faute qui engage une sanction pénale est bien définie. Il n'y a pas en droit pénal l'équivalent de l'article 1382 du Code civil, qui impose à celui qui par sa faute, quelle qu'elle soit, a causé un dommage à autrui, à le réparer. En matière pénale, il n'y a que les fautes limitativement énumérées, précisément définies par les textes, qui peuvent être retenues à l'encontre du prévenu. Les formules sont telles que les fautes pénalement punissables permettent de faire face pratiquement à toutes les situations possibles. Il y a les fautes de commission, c'est l'imprudence ; il y a les fautes d'omission, c'est l'abstention, la négligence, l'inattention ; et il y a enfin cette faute particulière que l'on appelle le manquement ou la violation à une obligation de prudence ou de sécurité définie par la loi ou par les règlements.

²⁴¹ 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 peut être qualifié, à notre sens, comme un dommage moral.

Parce que le dommage est un élément constitutif de l'infraction, il faut donc s'en tenir au texte. C'est une atteinte à l'intégrité physique des personnes, atteinte qui se traduit par une incapacité de travail plus ou moins longue ou par le décès. Ce qui permet de marquer tout de suite une différence très importante avec la responsabilité civile ou administrative : il n'est pas question de perte de chance. Parler de perte de chance, c'est confondre le dommage, élément constitutif de l'infraction, avec le préjudice réparable, conséquence de l'infraction. Et, il ne s'agit pas de confondre le dommage et le préjudice. Le dommage ne peut être qu'un dommage corporel, une atteinte à l'intégrité physique. Comme beaucoup l'ont dit depuis longtemps, il n'y a pas dans le Code pénal de délit de privation de chance de guérison ou de privation de chance de survie.

C'est la raison pour laquelle la Cour de Cassation a inspiré les juges du fond qui aujourd'hui, lorsqu'ils se placent sur ce terrain, ne sanctionnent pas la faute qui a privé le malade de chance de guérison, mais celle qui a privé le malade de toute chance de survie ou de toute chance de guérison, ce qui revient à dire que la faute du médecin est la cause certaine du décès ou de l'I.T.T. subie par la victime. En matière pénale, il n'y a pas de place pour le doute, ou pour l'incertitude, pas de place pour des possibilités, des probabilités, donc de simples pertes de chances. Il ne peut y avoir de responsabilité pénale que s'il est établi à coup sûr qu'il y a une faute, qu'il y a un dommage et qu'il y a entre la faute et le dommage un lien de causalité certain.

Les faits relatifs à l'activité thérapeutique des établissements de santé et ayant donné lieu à une action devant les juridictions répressives, civiles ou administratives ou encore à règlement amiable sont susceptibles d'entraîner également des poursuites d'une double nature, déontologiques et disciplinaires. Celles-ci concernent les médecins qui relèvent d'une inscription à l'Ordre des médecins, quel que soit le cadre juridique dans lequel le médecin pratique sa profession.

En la matière, le Conseil d'État a d'abord été conduit à apprécier la portée de l'obligation de conciliation préalablement à l'introduction d'une plainte²⁴². Une telle conciliation est essentielle pour favoriser le règlement des litiges et limiter le contentieux.

²⁴² Article L. 4123-2 du CSPF.

En son absence, la juridiction disciplinaire ne peut être regardée comme régulièrement saisie²⁴³, sauf à ce que la plainte émane d'une instance ordinale²⁴⁴. Toutefois, si le Conseil départemental s'abstient d'organiser cette conciliation et si, dans ce cas, le plaignant demande au président du Conseil national de transmettre lui-même la plainte, la saisine de la juridiction disciplinaire doit être regardée comme régulière²⁴⁵.

Le juge administratif s'est également attaché à préciser les garanties offertes aux parties en cas de procédure disciplinaire. Aux termes de la loi du 4 mars 2002, dès lors que la saisine de l'organe disciplinaire émane d'un représentant de l'État, les représentants de l'État au sein de cet organe ne doivent pas siéger, conformément au principe d'impartialité. Le Conseil d'État a précisé que ces représentants doivent s'abstenir de siéger, même s'ils n'ont qu'une voix consultative²⁴⁶. Il a également étendu cette exigence aux décisions par lesquelles les conseils régionaux ou nationaux compétents de l'ordre professionnel transmettent ou refusent de transmettre ces plaintes à la juridiction disciplinaire²⁴⁷. Ont aussi été précisées les conditions de représentation des patients devant la juridiction disciplinaire²⁴⁸ ou celles de la demande de récusation²⁴⁹.

Les litiges relatifs aux accidents thérapeutiques peuvent être portés devant la chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins à l'initiative du patient mécontent des soins qui lui ont été donnés. Celle-ci peut appliquer des peines disciplinaires d'avertissement, blâme, interdiction temporaire ou permanente d'exercer ou radiation du tableau de l'Ordre. L'exercice de l'action disciplinaire est totalement indépendant des autres actions liées à l'accident thérapeutique. Celle-ci ne met obstacle à aucune autre sanction et réciproquement. Notamment, les peines pénales et les peines disciplinaires peuvent se cumuler. Le juge disciplinaire n'est pas tenu de surseoir à statuer et s'il est tenu par la constatation des faits établis par le juge pénal, il qualifie ces faits comme il l'entend²⁵⁰.

²⁴³ CE, 15 juin 2011, *Naman*, n° 324982, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.fr

²⁴⁴ CE, 23 décembre 2011, *Mme Gourlaouen-Scala*, n° 344762, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr

²⁴⁵ CE, 15 juin 2011, *Naman*, précité.

²⁴⁶ CE, 17 décembre 2004, *Teboul*, Rec. CE, 2004, p. 862 ; CE, 20 décembre 2006, *Derhy*, n° 268428, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr

²⁴⁷ CE, 21 mars 2008, *Ministre de la santé et de solidarités / Mme Bensaïd*, Rec. CE, 2008, p. 894.

²⁴⁸ CE, 22 février 2012, *Mme de Saint-Sever*, n° 333713, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr

²⁴⁹ CE, 2 novembre 2005, *Caduc*, Rec. CE, 2005, p. 898.

²⁵⁰ Le juge peut sanctionner dans le cas d'un non-lieu pénal, cf. CE, 16 novembre 1979, Rec. CE, 1979, p. 422.

Or, la mise en œuvre de l'action disciplinaire n'est pas effectuée de la même manière à l'encontre des médecins, chirurgiens-dentistes ou sages femmes appartenant à l'hôpital public en France. Le mode de saisine de la chambre disciplinaire de première instance de l'Ordre des médecins est limité par l'article L. 4124-2 du Code de la santé publique au ministre chargé de la santé, au directeur départemental de la santé ou au procureur de la République dans le cas où les faits accomplis le sont à l'occasion de l'exécution du service public hospitalier. Cette situation assez critiquée qui réduit de manière importante l'éventualité d'une saisine de l'instance disciplinaire était l'objet de plusieurs propositions de modifications de l'article précédent pour rééquilibrer la situation des praticiens sans aucun résultat positif²⁵¹.

Outre les infractions liées à des activités sanitaires précises²⁵², les chefs d'inculpation les plus fréquemment cités en droit médical sont les suivants : 1- l'homicide involontaire et l'atteinte involontaire à l'intégrité physique ou psychique de la personne²⁵³, c'est le cas d'un médecin qui s'est abstenu de prendre les précautions nécessaires et de s'informer suffisamment sur l'état du patient compte tenu des données de la science médicale et des moyens techniques dont il disposait au moment des faits²⁵⁴, ou le cas d'un mauvais usage des forceps par un gynécologue-obstétricien²⁵⁵, 2- la non-assistance à personne en péril²⁵⁶, 3- la mise en danger d'autrui²⁵⁷.

Mais la question de la responsabilité pénale dans le domaine médical ne s'arrête pas à ce niveau. Elle va au-delà, au sein d'une équipe médicale. Or, le principe de la responsabilité pénale au sein d'une équipe médicale se trouve commandé par deux règles. La première, qui ressort plutôt de l'interprétation jurisprudentielle, conduit à la possibilité d'une responsabilité cumulée (I); la seconde, d'origine légale, se trouve énoncée de façon

²⁵¹ DUPONY Marc, GERGOIGNAN-ESPER Claudine et PAIRE Christian, *Droit hospitalier*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2007, p. 812.

²⁵² L'eugénisme, la recherche biomédicale, les prélèvements d'organes, de produits, tissus et cellules du corps humain, l'activité relative à l'embryon et l'interruption volontaire de grossesse.

²⁵³ Les articles 221-6, 222-19, 222-20, R. 625-2 et R. 625-3 du code pénal français, en outre l'article 564 et 565 du code pénal libanais.

²⁵⁴ Cass. crim., 4 février 2003, *Laurent X / CA de Fort-de-France*, Juris-Data : 2003-018113.

²⁵⁵ Cass. crim., 23 octobre 2001, *X / CA de Grenoble*, Bull. 2001, n° 127, p. 689.

²⁵⁶ Art. 223-6 du code pénal français, et l'article 566 du code pénal libanais ; Pour plus d'information, COULY S., « *La non-assistance à péril et les principaux acteurs hospitaliers* », Cahiers hospitaliers 2000, n° 156, p. 26 ; Cass. crim. 28 septembre 1999, JCP 2000, 1266.

²⁵⁷ Infraction créée par le code pénal en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994 dans l'article 223-1 du code pénal.

extrêmement nette dans le Code pénal qui prévoit la seule responsabilité pénale pour fait personnel (II).

I. La possibilité d'une responsabilité pénale cumulée

La Cour de Cassation a posé depuis longtemps, conformément à la loi, le principe que les atteintes involontaires à l'intégrité physique des personnes n'exigent pas que la faute imputée au prévenu (c'est la formule de la Cour de Cassation) soit la cause exclusive du dommage. Cela veut donc dire que, dès l'instant que l'on peut imputer plusieurs fautes à plusieurs personnes et que toutes ces fautes sont en relation de causalité certaine avec le dommage, tous les auteurs de ces fautes doivent être, par équivalence des conditions, retenus comme coupables d'avoir commis l'infraction. S'ils sont trois, cela ne veut pas dire que chacun sera coupable d'un tiers d'homicide, mais que chacun sera coupable d'homicide à part entière et qu'ils seront trois coauteurs de l'homicide. Citons comme exemple, l'affaire du dancing cinq-sept, celle du stade de Furiani à Bastia, où ont été poursuivis les élus locaux, des responsables de la fédération, les constructeurs, les bureaux de vérification technique, etc., et celle plus récente du Drac, où l'on a poursuivi des élus locaux à la suite de la noyade d'enfants en raison d'une brusque montée des eaux de la rivière²⁵⁸.

Le principe d'une responsabilité cumulée est donc admis, et quand on regarde la jurisprudence, on est frappé de constater que les poursuites sont dirigées très fréquemment contre plusieurs personnes : des médecins, mais aussi des non-médecins qui collaborent à l'exercice de la médecine. Par exemple, on peut retenir la responsabilité du chirurgien, de l'anesthésiste, mais aussi celle du directeur de l'hôpital, parce qu'il n'a pas pris les mesures propres à assurer un tableau de permanence et que par sa faute, le réveil de l'opéré s'est mal passé du fait de l'absence d'anesthésiste dans l'établissement.

La responsabilité cumulée des auteurs de plusieurs fautes à l'origine d'un même dommage est fréquemment retenue. Ce qu'il convient de noter aujourd'hui, c'est que toutes les affaires évoquées comportent le cumul de responsabilités de personnes physiques ; rien ne nous empêchera de rencontrer des cas de cumul de responsabilités de personnes

²⁵⁸ VERON Michel, « *La responsabilité pénale du médecin* », LPA, 22 septembre 1999, n° 189, p. 23.

physiques et de personnes morales²⁵⁹. Il convient en effet de bien prendre en compte que si le nouveau Code pénal retient la responsabilité pénale des personnes morales, cette responsabilité n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits. Il peut donc y avoir cumul de la responsabilité des personnes morales et de la responsabilité des personnes physiques. Cette question est hors débat en droit libanais où la responsabilité pénale ne peut se diriger que contre des personnes physiques. D'où l'intérêt de discuter la question de la responsabilité pénale des praticiens exécutant le service public hospitalier.

II. La nécessité d'une responsabilité personnalisée

La possibilité d'une responsabilité cumulée apparaît aujourd'hui au cœur de la responsabilité pénale médicale. Mais cette règle jurisprudentielle est soumise à un principe légal selon lequel nul n'est responsable que de son fait personnel. Il est donc nécessaire de déterminer au sein de l'équipe médicale le domaine de responsabilité de chacun. Par conséquent, on rencontre en la matière un problème qui semble aujourd'hui à peu près résolu. C'est la tentation qu'a eu la jurisprudence d'établir une hiérarchie au sein de l'équipe médicale, comme au sein d'une entreprise et de faire peser la responsabilité pénale sur le chef d'équipe. En matière médicale, très fréquemment, celle-ci incombe au chirurgien, et celui-ci serait responsable des fautes commises par les membres de son équipe.

En la matière, la jurisprudence est infiniment plus nuancée et plus subtile. Puisqu'il n'y a pas de responsabilité pénale du fait d'autrui, quand le chirurgien est déclaré responsable, c'est pour les fautes qu'il a personnellement commises et qu'on peut lui reprocher. Par exemple, pour le mauvais choix de ses assistants, ou encore la mauvaise direction qu'il a donnée et la mauvaise surveillance de l'exécution des ordres qu'il aurait exercée. Autrement dit, il y a peut-être un chef, mais le chef est responsable pour ses fautes personnelles, celles qu'il a commises dans le choix de ses collaborateurs, dans leur direction ou dans leur surveillance. Il n'est pas déclaré responsable des fautes personnelles que ses collaborateurs auraient pu commettre.

²⁵⁹ La responsabilité pénale des personnes morales peuvent être engagées en France contrairement au cas libanais où que la personne physique peut être objet d'une condamnation pénale.

Bien qu'il y ait un chef d'équipe, cela n'interdit pas de reconnaître la responsabilité personnelle de membres de l'équipe. On rencontre des cas dans lesquels seuls les personnels ayant la qualité de médecin ont été déclarés responsables et des cas dans lesquels le personnel médecin et non-médecin est cumulativement déclaré responsable, chacun pour une faute dans son domaine. Il y a également des cas, qui ne sont pas rares, dans lesquels le personnel ayant la qualité de médecin est déchargé de toute responsabilité, parce qu'on estime que la faute qui est à l'origine du dommage a été personnellement et exclusivement commise par un infirmier, une sage-femme, etc. C'est bien le cas du directeur d'hôpital, qui en tant que tel, a aussi des responsabilités qui lui incombent à l'occasion de la pratique de ses fonctions administratives.

B. Le directeur d'hôpital : du principe de sécurité au principe de précaution

L'hôpital public est confronté, au même titre que l'ensemble des structures de notre société, à une double revendication de sécurité et de responsabilité. Ce phénomène entraîne le juge pénal qui apparaît de plus en plus comme le magistrat vers lequel il faut se tourner lorsque l'on est victime d'un dommage. Il est celui qui peut faire surgir la vérité et mettre en évidence la responsabilité de chacun et notamment de ceux qui pourraient s'abriter derrière les dysfonctionnements d'une administration impersonnelle que seul le juge administratif pourrait sanctionner en indemnisant la victime.

Il s'agit là d'un phénomène profond et non d'une simple tendance. La demande d'une plus grande sécurité et le souhait d'identifier les responsabilités de chacun participent d'un mouvement de notre société qui y voit sans doute un moyen de lutte contre ses peurs, ses détresses, et l'isolement de nombre de ses membres dans un monde de plus en plus technique, et de plus en plus complexe. L'hôpital ne peut l'ignorer et le directeur, son représentant légal, doit bien être persuadé qu'il s'agit là d'un enjeu majeur du présent et des prochaines années.

En France, la réforme du Code pénal assure la traduction concrète de cette évolution, en créant de nouvelles infractions qui permettent notamment de sanctionner la simple exposition à un risque, en donnant au juge pénal la possibilité de sanctionner les personnes morales de droit public. Le législateur français a ouvert aux tribunaux répressifs de nouveaux champs d'intervention, la sécurité en est un. Elle place le directeur d'hôpital dans une situation juridique nouvelle en ajoutant une corde à sa panoplie, celle de gestionnaire des risques.

Cette intervention du juge pénal dans le champ de l'activité administrative est aujourd'hui sur le point de s'amplifier. La pression sociale qui demande plus de transparence de la part de l'administration, l'émergence d'une revendication sécuritaire qui s'exprime dans de très nombreux secteurs d'activité conduisent les citoyens à s'adresser plus fréquemment au juge pénal, plus proche de leurs attentes que le juge administratif. Plusieurs articles du Code pénal français symbolisent cette volonté d'étendre le champ d'intervention du juge pénal dans le domaine de l'administration²⁶⁰.

Ces dispositions essentielles consacrent l'apparition d'une obligation de sécurité pouvant conduire le juge répressif à sanctionner, par exemple, la simple mise en danger d'autrui, alors que le juge administratif ne constaterait pour les mêmes faits aucun manquement grave, aucun mauvais fonctionnement du service public eu égard aux moyens dont l'agent disposait. Cette apparition de notions telles que la mise en danger²⁶¹, d'homicide et de coups et blessures ayant pour origine une négligence, « *un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements* »²⁶² bouleverse le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et place le juge pénal dans une position de juge de l'administration²⁶³. Le juge reproche au directeur de n'avoir pas respecté la réglementation en confiant des fonctions d'interne à un étudiant qui ne remplissait pas les conditions légales. En laissant s'absenter le chef du service sans pourvoir à son remplacement, et en permettant à des étudiants d'exercer la fonction de médecin sans la surveillance et le contrôle d'un médecin, le directeur a commis des fautes justifiant sa condamnation pour homicide involontaire²⁶⁴.

Dans une autre espèce, le tribunal de grande instance de la Seine a condamné le directeur de l'hôpital de Puteaux à un mois de prison avec sursis et 3 000 F d'amende à la suite du décès d'un patient dû à l'inversion des canalisations d'oxygène et de protoxyde d'azote. Dans cette

²⁶⁰ Articles 121-3, 221-6, 222-19 et 222-20 du Code pénal français.

²⁶¹ La particularité de cette disposition qui la différencie des articles 221-6 et 221-19 tient au fait que cette infraction peut être mise en œuvre alors même qu'aucun dommage n'est survenu. Cela pourrait conduire à penser que l'absence de victime fait perdre à cet article son intérêt. Il n'en est rien : bien au contraire. Cette disposition développe le principe de précaution qui apparaissait déjà dans la loi Barnier relative à la protection de l'environnement. L'article 121-3 conçu à l'origine pour améliorer la sécurité routière donne au juge pénal une nouvelle possibilité d'intervention qui va se traduire par une extension de son champ de compétence dans le domaine de l'activité administrative. En autorisant le juge répressif à intervenir alors même qu'aucun dommage n'est intervenu, le code pénal français crée la possibilité d'intervenir préventivement. Il permet de sanctionner un comportement avant que celui-ci tourne mal.

²⁶² Art. 121-3 du Code pénal français.

²⁶³ HERMANN Jeannine, « *Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration* », D. 1998, 19^e cahier, Chron. P. 195 et s.

²⁶⁴ FAUGEROLAS Patrick, *Le directeur d'hôpital face aux juges*, Paris : Ellipses, 1998, p. 54.

affaire, l'hôpital avait chargé une entreprise de modifier la canalisation d'oxygène et la canalisation de protoxyde d'azote qui mènent au bloc opératoire. À la suite d'une erreur d'inattention, l'ouvrier qui effectuait ces travaux intervertit les canalisations. Quelques jours plus tard une malade décédait après avoir reçu du protoxyde d'azote à la place d'oxygène.

Le juge pénal a considéré que le directeur avait commis une faute en ne respectant pas un arrêté ministériel qui oblige la réception des installations d'oxygène par une commission de sécurité²⁶⁵.

Le respect des règles de sécurité n'était pas totalement absent des obligations dont l'inobservation était susceptible d'entraîner une mise en cause de la responsabilité de l'agent administratif et en premier lieu du directeur. Néanmoins, depuis la réforme du Code pénal, plusieurs éléments renforcent cette obligation. Tout d'abord, par l'interprétation des dispositions du Code pénal : un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est aujourd'hui interprété de façon large. Auparavant, le juge entendait la notion de règlement dans le sens constitutionnel du terme, et un règlement intérieur ne serait pas entré dans les prévisions de l'article 223-1 du Code pénal français²⁶⁶. Le juge tend à interpréter de façon large la notion de règlement. Celle-ci concerne évidemment les décrets, les circulaires, les instructions ministérielles, les règles professionnelles mais également les notes de service internes à un service. Cette extension de la notion de règlement a notamment été réitérée à l'occasion de l'affaire du *Stade de Furiani*²⁶⁷. À cette occasion, le tribunal a considéré que les faits qui étaient reprochés aux sapeurs pompiers trouvaient leur origine « dans des manquements aux prescriptions de la note de service 49/20 du 30 avril 1992, note rédigée par le directeur du service départemental de l'incendie et de secours »²⁶⁸.

Le rôle du directeur d'hôpital est sur ce point essentiel. Il lui appartient de s'assurer que les

²⁶⁵ FAUGEROLAS Patrick, « Sécurité, précaution et responsabilité du directeur d'hôpital », RDSS 1999, n° 3, p. 546. Dans le même sens, Cette obligation de contrôle et de surveillance se retrouve dans une décision du tribunal de grande instance de Bourgoin-Jallieu du 2 janvier 1977. Dans cette affaire, un incendie avait détruit le pavillon des invalides de l'hôpital de Saint-Geoire-en-Valelaine. Deux patients étaient décédés, asphyxiés par les fumées. L'enquête n'avait pu déterminer la cause réelle de l'incendie. Seule son origine avait été trouvée. L'incendie avait pris dans une pile de matelas en polyuréthane stockés dans des locaux situés au sous-sol du pavillon.

Le tribunal a sanctionné le directeur de l'hôpital en le condamnant à une peine de 1 000 F d'amende pour homicide involontaire. Il lui a été en effet reproché d'avoir laissé stocker des matelas inflammables dans le sous-sol d'un bâtiment accueillant des malades, de n'avoir indiqué aucune consigne de lutte contre l'incendie au registre de sécurité de l'hôpital, de n'avoir affiché aucune de ces consignes dans les locaux et de n'avoir fait installer aucun système d'alarme.

²⁶⁶ CA Aix-en-Provence, 22 novembre 1995, Dalloz, 1996, 405, note Borricand.

²⁶⁷ Cass. crim. 24 juin 1997, *Stade de Furiani*, Bull. crim. 1997, n° 251, p. 841.

²⁶⁸ Réflexion sur le droit de la santé, rapport du Conseil d'État, n° 49, p. 256-260.

dispositions relatives à la sécurité sont bien mises en œuvre. Ceci passe en premier lieu par une information claire et rapide des personnes concernées. La tâche est d'autant plus difficile et requiert d'autant plus de rigueur que les domaines ayant fait l'objet de dispositions sécuritaires se sont sensiblement développés. Il s'agit bien entendu de la vigilance sanitaire avec la mise en place de la pharmacovigilance, de la matériovigilance, de l'hémovigilance, de la biovigilance, de la lutte contre les infections nosocomiales mais également de domaines aussi différents que le traitement des déchets, la prévention des accidents liés à l'exposition au sang, la sécurité incendie. Dans chacun de ces domaines le directeur d'hôpital doit adopter une attitude pragmatique et concrète avec le souci de mettre en place une organisation et une procédure qui permette d'informer le plus rapidement et le plus précisément les personnes qui, chacune dans leur domaine de compétence, ont un rôle à jouer en matière de sécurité et de prévention des risques.

Pour faire face à ces enjeux, le directeur d'hôpital n'est pas en mesure de s'assurer directement et personnellement du respect des règles de sécurité, il n'a d'autre choix que de déléguer. Mais, pour que cette délégation soit valable il faut que le délégataire ait réellement la capacité d'agir, c'est-à-dire qu'il ait les compétences et les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa tâche. Tandis que, l'existence d'une délégation ne signifie pas que la responsabilité du délégant ne pourra être recherchée.

En effet, la jurisprudence pénale retient toutes les négligences ayant une relation causale avec le dommage. Le directeur d'un établissement concerné par des travaux doit non seulement s'assurer qu'un de ses collaborateurs suit personnellement le chantier, il doit également veiller à ce que soient prises toutes les dispositions afin que celui-ci se déroule sans mettre en cause la sécurité des patients et des agents hospitaliers. Si le délégant néglige de surveiller les conditions dans lesquelles la délégation est exercée, sa responsabilité pourra ainsi être mise en cause sur le fondement de la négligence fautive, pénalement sanctionnée.

Quelle que soit la solution, il semble bien que ces nouvelles dispositions qui consacrent un principe de précaution sont donc excessivement contraignantes pour les gestionnaires qu'ils soient privés ou publics. Un directeur d'hôpital, d'une part, ne maîtrise que très imparfaitement les moyens dont il dispose. Son budget lui est notifié par l'autorité de tutelle. D'autre part, il assume des responsabilités extrêmement diversifiées ce qui le contraint, compte tenu de ses moyens, à établir des priorités tout en devant assurer le principe de

continuité du service public. Mais le législateur français, ainsi que la jurisprudence française semblent conscientes de la lourdeur des tâches du cadre médical et plus précisément des médecins. D'où les essais de dépenaliser l'activité médicale, tantôt législatifs tantôt jurisprudentiels, pour rééquilibrer une relation sociale fondée depuis toujours sur la confiance entre le médecin et son patient.

§ 2. Manifestations de la dépenalisation du droit médical

Les lois les plus récentes intervenues en matière de responsabilité médicale ont cherché à apporter un remède à la crise de confiance qui s'est instaurée dans les rapports entre le médecin et le malade. Cette crise est d'abord celle du patient envers le milieu médical, renforcée par les drames de santé publique tels le SIDA, l'hépatite C, l'hépatite B ou encore les affections nosocomiales. Mais c'est également celle du professionnel qui, en cas d'échec de sa thérapie, est assigné par son malade devant le juge civil ou administratif, ou traduit devant la juridiction pénale. La guérison apparaît en effet, comme l'issue normale de l'activité médicale, et l'utilisateur qui revendique un droit au rétablissement, perçoit tout manquement comme fautif. C'est oublier cependant, la part d'incertitude inhérente à tout acte de soin.

Pour apaiser cette situation, dans laquelle le médecin se sent un bouc émissaire, la loi du 4 mars 2002 a créé à côté de la responsabilité, une prise en charge collective des aléas thérapeutiques. Elle tend ainsi à alléger la responsabilité médicale qui demeure toujours, par application de l'article L. 1142-1 du nouveau Code de la santé publique. Pour rassurer également le patient, elle lui reconnaît désormais des droits, droit à l'information, à accéder au dossier médical et droit de refuser les soins. Cette reconnaissance a pour contrepartie un alourdissement des obligations et des charges du professionnel, particulièrement en ce qui concerne l'accomplissement de son devoir éthique. Pour dédramatiser enfin la situation liée à l'insuccès d'une intervention médicale, la loi prévoit une nouvelle procédure de règlement à l'amiable des litiges²⁶⁹.

Mais le texte législatif ne se préoccupe guère de la responsabilité pénale susceptible d'être sollicitée par la victime ou par le Ministère public, bien qu'elle soit plus lourde de conséquences pour le praticien. En effet, lorsqu'à la responsabilité s'ajoute en droit pénal la culpabilité, lorsqu'à la faute civile correspond la commission d'une infraction, le médecin

²⁶⁹ Art. L. 1142-5 du Code de la santé publique.

répond seul de celle-ci, qu'il soit agent du service public hospitalier ou travaillant en médecine libérale. Or le malade n'hésite plus désormais à solliciter directement cette responsabilité, lors d'un échec de la thérapie. Au-delà de la réparation du préjudice subi, la victime qui porte plainte au pénal désire stigmatiser le professionnel en faisant reconnaître sa faute. Cette attitude qui s'explique lors de faute lourde, se justifie difficilement en cas de simple faute d'imprudence commise par le praticien. L'immixtion excessive du droit pénal amène donc à s'interroger sur la nécessité d'opérer une certaine dépénalisation du droit médical.

La tendance s'est déjà amorcée, et l'on constate que s'il existe une dépénalisation médicale directe mais ponctuelle (A), la loi française du 10 juillet 2000²⁷⁰ sur les délits d'imprudence a instauré, en outre, une dépénalisation indirecte dont l'incidence est fondamentale en matière de responsabilité médicale(B).

A. Une dépénalisation médicale directe

La pénalisation vient de reculer par l'effet de la loi comme de la jurisprudence récente, en utilisant deux principaux moyens : elles ont d'abord invoqué la liberté de conscience du médecin, son indépendance professionnelle pour justifier l'impunité lors de situations délicates ; elles se sont ensuite fondées sur le respect de l'autonomie du patient pour refuser de sanctionner le médecin qui s'est conformé à la volonté clairement exprimée par ce dernier. Cette évolution bouleverse l'équilibre des rapports médecin-patient. En effet, la liberté de conscience, mentionnée à l'article 18 du Code de déontologie médicale français²⁷¹, reste rattachée au pouvoir inhérent à la fonction de praticien (I) ; tandis que l'autonomie est la manifestation des nouveaux droits du malade (II).

I. Dépénalisation justifiée par la liberté de conscience du médecin

Le Code de déontologie médicale français fait appel à la conscience du médecin pour apprécier s'il doit retenir une information sur un diagnostic ou un pronostic grave. Cette référence éthique fait reculer certaines incriminations pénales. Il en est ainsi de la violation du secret professionnel, prévu par l'article 226-13 du Code pénal. En effet, devant des sévices effectués sur mineur ou sur une personne vulnérable, le praticien demeure libre de choisir de révéler les faits dont il a connaissance dans l'exercice de sa fonction, ou de se taire. Cette

²⁷⁰ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JO du 11 juillet 2000, n° 159, p. 10484.

²⁷¹ Art. 18 du Code de déontologie médicale figurant dans l'article R. 4127-18 du Code de la santé publique.

liberté de conscience interdit toute condamnation du professionnel fondée sur la violation des articles 226-13 et 434-3 du Code pénal.

La loi du 2 janvier 2004²⁷², relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, vient ainsi d'élargir les règles applicables en matière de signalement en modifiant l'article 226-14 alinéa 2 du Code pénal, et de faire reculer l'incrimination de violation du secret professionnel. Elle autorise en effet le médecin, avec l'accord de la victime, non mineur, « à *informer les autorités des sévices ou privations constatés dans l'exercice de sa profession, et qui permettent de penser que des violences ont été commises* »²⁷³. Les révélations ainsi faites, ne pourront donc pas faire l'objet de sanctions pénales ni disciplinaires, à la condition qu'il n'y ait pas une obligation d'agir devant l'imminence d'un danger²⁷⁴.

Le législateur français a également redéfini les limites données au secret professionnel en transformant certaines obligations en autorisations de révéler. Alors que l'ancien article 378 du Code pénal, imposait au praticien de dénoncer les interruptions illicites de grossesse dont il avait connaissance, dans l'exercice de sa profession, cette disposition a été supprimée dans le nouveau Code. On aurait pu y voir un renforcement du secret professionnel si la jurisprudence n'avait pas laissé au professionnel la liberté de décider s'il doit se taire ou parler²⁷⁵.

Cette tendance est renforcée dans le cadre de la lutte contre le SIDA. La loi du 10 juin 1986 impose en effet une déclaration obligatoire, et anonyme de la maladie, mais elle n'oblige pas à informer le partenaire sexuel. Le praticien doit alors tenter de convaincre le patient de révéler son état. Il apprécie en conscience, en cas d'échec de cette mission, s'il doit ou non garder le secret. Quel que soit son choix, devant le danger encouru par autrui, le médecin sera justifié par l'état de nécessité qui marque un nouveau recul de l'infraction. L'article L. 1110-4, alinéa 3 du CSPF reconnaît enfin, pour assurer la continuité des soins, « *le secret partagé entre professionnels de santé* ». Le médecin apprécie cependant seul la nécessité de communiquer les informations à un confrère, si le patient n'y est pas opposé.

²⁷² Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, JO, n° 2 du 3 janvier 2004, p. 184.

²⁷³ Cass. crim., 8 mars 2000, cf. ALT-MAES Françoise, « *Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical* », JCP, n° 49, I, 184.

²⁷⁴ Art. 226-14 alinéas 1 et 2 du code pénal français.

²⁷⁵ ALT-MAES Françoise, « *Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical* », JCP, n° 49, I, 184.

L'autonomie reconnue au praticien va encore lui permettre d'éviter des poursuites pour délit d'abstention. La consécration par l'article L. 1110-5 du nouveau Code de la santé publique de la règle de la raison proportionnée a marqué le recul de l'infraction de non-assistance à personne en péril. En effet, le praticien sans être pénalement inquiété, apprécie en conscience la nécessité d'opérer ; il peut donc refuser de prodiguer des soins susceptibles de faire encourir au patient des risques hors de proportion avec le résultat escompté.

La loi reconnaît encore au médecin la possibilité de refuser de pratiquer un acte interruptif de grossesse pour des raisons de conviction personnelle. Son refus est légitime, mais il doit en avvertir rapidement la femme. La justification existe même en cas d'interruption thérapeutique, à tout moment de la grossesse, à la condition toutefois qu'il y ait une possibilité de recourir à un autre membre du personnel médical.

En outre, les cas d'euthanasie passive ou ceux de refus de soins sont encore des exemples de recul de la pénalisation récente. La liberté de conscience du médecin se trouve alors confrontée à l'autonomie du patient. Dans l'euthanasie, la décision de cesser l'assistance nécessaire au maintien en vie est prise à la requête du malade ou de la volonté du seul praticien. La demande de refus de soins émane du patient et le professionnel y accède en renonçant à lui imposer le traitement médical envisagé. Ces faits relevaient jusqu'alors de la non-assistance à personne en danger²⁷⁶ ou du délaissement de la personne hors d'état de se protéger²⁷⁷. Mais ils n'entraînaient, en réalité, que peu de poursuites pénales. Aujourd'hui, l'article L. 1111-4, alinéa 2 du Code de santé publique affirme que le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Il paraît justifier l'euthanasie passive²⁷⁸. Par ailleurs, le refus de soins est devenu un droit du malade. Ce texte opère donc fait justificatif et le praticien qui a cherché à convaincre le patient d'accepter la thérapie ne saurait être condamné pour avoir respecté la volonté du malade jusqu'au risque vital. « *Aucun traitement en effet, ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du patient* »²⁷⁹. Il ne semble pas à l'heure actuelle que la chambre criminelle de la Cour de Cassation ait cherché à restreindre cette nouvelle dépénalisation bien que la jurisprudence

²⁷⁶ Art. 223-6 alinéa 2 du Code pénal.

²⁷⁷ Art. 223-3 et 223-4 du Code pénal.

²⁷⁸ GRIDEL Jean-Pierre, « *Le refus de soins au risque de la mort* », Gaz. Pal. 2002, n° 3, p. 997 ; PROTHAIS Alain, « *L'accompagnement de la fin de vie et le droit médical* », JCP édition générale, 2004, I, 130.

²⁷⁹ Art. 1111-4 alinéa 3 du Code de la santé publique.

administrative, en maintenant l'obligation d'intervenir en cas de pronostic et de risque vital, limite l'autonomie du patient²⁸⁰.

Or la vague de dépenalisation n'est pas limitée seulement aux infractions involontaires. Au contraire, celle-ci amorcée se poursuit également dans les infractions volontaires où le médecin intervient dans un but différent que le but thérapeutique, respectant l'autonomie de son patient.

II. Dépenalisation justifiée par le respect de l'autonomie du patient

Cette dépenalisation ponctuelle concerne principalement les violences volontaires qui pourraient être opposées au médecin lorsque ce dernier ne respecte pas la nécessité d'intervenir dans un but uniquement thérapeutique. À ce titre, et depuis longtemps déjà, l'acte effectué dans le cadre d'une chirurgie esthétique, qui respecte la règle « de la raison proportionnée », n'est pas condamnable si le praticien a informé le patient de tous les risques encourus et a respecté les « règles de l'art ». Des lois récentes viennent d'imposer un nouveau recul du délit, tant en matière de stérilisation, de transsexualisme que d'expérimentation médicale.

La loi du 4 juillet 2001²⁸¹, sur l'interruption de grossesse et la contraception, vient de poser de nouvelles règles en ce qui concerne la stérilisation à des fins contraceptives. Par ailleurs, la loi du 27 juillet 1999²⁸², dans son article 70, a entraîné une nouvelle perception des interventions chirurgicales sur les transsexuels, en modifiant l'article 16-3 alinéa 1 du Code civil français. Ces deux opérations en effet ont été longtemps jugées illicites et les chirurgiens qui y procédaient, pouvaient être poursuivis pour violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. La jurisprudence rappelait à cet égard, « *qu'une atteinte à l'intégrité du corps humain pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique à des fins purement contraceptives est prohibée par l'article 16-3 du Code civil* »²⁸³. L'intervention était toutefois justifiée à titre de thérapie, à condition que le sacrifice soit proportionnel aux bienfaits

²⁸⁰ CE, 26 octobre 2001, *Senanayake*, JCP, éd. G., 2002, II, 10025, note Jacques Moreau ; AJDA 2002, p. 259, note Maryse DEGUERGUE ; CE, ordonnance référé, 16 août 2002, *Mmes Feuillatey*, JCP, éd. G., 2002, II, 10184, note Patrick Mistretta.

²⁸¹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JO n° 156 du 7 juillet 2001, p. 10823.

²⁸² Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO n° 172 du 28 juillet 1999, p. 11229.

²⁸³ Cass. avis, 6 juillet 1998, *Martine et Christiane X*, Bulletin 1998, avis n° 10, p. 11.

escomptés²⁸⁴. À défaut, l'opération, n'avait plus de cause licite et le consentement donné ne pouvait faire échec aux sanctions de l'article 222-9 du Code pénal français²⁸⁵.

Désormais, suivant le nouvel article L. 2123-1 du CSPF, la stérilisation à fins contraceptives est légale à la condition que « *cette opération soit pratiquée sur une personne majeure exprimant une volonté libre, motivée, délibérée* »²⁸⁶. L'accord express de la personne est requis. Il est assorti d'un délai de réflexion de deux mois, et doit être éclairé par une information complète.

L'intervention sur un transsexuel est également admise depuis que l'article 16 du code civil a été modifié pour préciser « *qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne* ». L'abandon du terme de nécessité thérapeutique justifie désormais cet acte²⁸⁷. La phase de réflexion est plus longue que la précédente puisqu'elle varie de un à deux ans ; elle est assortie d'une période d'observation.

Dans le même sens, nous constatons ainsi que l'autonomie du patient est le nouveau fondement qui permet d'écarter la sanction pénale. Il s'est substitué à la raison thérapeutique jusqu'alors invoquée par le praticien. La loi récente semble ainsi privilégier les droits de l'utilisateur sur ceux du thérapeute. Cette évolution va se retrouver en matière d'expérimentation sur l'homme.

Déclarées initialement illicites, les expérimentations sur l'homme comme sur le fœtus étaient interdites car elles portaient atteinte au principe de l'inviolabilité du corps humain. Les premières relevaient des coups et blessures volontaires et les secondes restaient impunies jusqu'aux lois sur la bioéthique. Or la loi du 20 décembre 1988²⁸⁸ permet désormais d'effectuer des recherches sur des personnes qui en tirent ou non un bénéfice direct pour leur santé.

²⁸⁴ Cass. ass. Plén., 11 décembre 1992, *M. Marc Y*, Bulletin 1992, n° 13, p. 27 ; JCP, éd. G., 1993, II, 21991, note Gérard Mémeteau.

²⁸⁵ Ces faits relèvent des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente.

²⁸⁶ Cass. crim. 6 février 2001, JCP, éd.G., 2001, n° 18, IV, 1841.

²⁸⁷ En ce sens, Thouvenin, Dalloz 2000, chron. P. 485.

²⁸⁸ Loi 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

La loi du 6 août 2004²⁸⁹ a maintenu l'interdiction de toute recherche sur l'embryon humain²⁹⁰. Mais elle admet à titre exceptionnel que des études ne portant pas atteinte à l'embryon soient faites et autorise, pendant cinq ans, des recherches susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs sur des embryons conçus dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. L'accord du couple, assorti d'un délai de réflexion de trois mois, sera indispensable et l'aval de l'agence de la biomédecine requis. Ce texte va engendrer un certain recul de la pénalisation des infractions du Livre V du Code pénal, généralement opposées au médecin.

Toutefois, le respect de l'autonomie du patient ne permet pas de justifier toutes les infractions, principalement lorsqu'il y a atteinte à la vie d'autrui. À la dépenalisation directe et ponctuelle jusqu'ici soulignée, va se substituer désormais une dépenalisation plus indirecte qui porte sur des questions essentielles de société.

B. Une dépenalisation médicale indirecte

Bien que ce type de dépenalisation soit indirect, elle est substantielle. Une telle dépenalisation, la jurisprudence et le législateur la font chacun à sa manière. La jurisprudence n'a pas le droit de faire tomber l'engagement de la responsabilité de l'auteur, mais elle a une large pouvoir pour jouer un rôle en faveur de ce dernier. Le juge se fonde dans sa décision, pas seulement sur le texte légal, mais aussi sur le sentiment du corps social quant à la réponse à apporter pour assurer un procès équitable en apaisant la peine prononcée. Or le législateur, sur une question polémique dans la société, peut aussi intervenir de manière indirecte pour dépasser les différents obstacles. Le cas de l'euthanasie est un bon exemple dans le domaine.

Cette dépenalisation est donc tantôt le fait de la jurisprudence (I), tantôt celui de la loi (II). Dans les deux cas le risque de condamnation du médecin sera faible.

I. Dépenalisation jurisprudentielle indirecte

La reconnaissance de l'autonomie du patient par la loi du 4 mars 2002, ainsi que la création d'un accompagnement de fin de vie, par les articles L. 1110-9 et L. 1110-5 alinéa 3 du Code de la santé publique auraient dû soulever la question de l'euthanasie laquelle suscite beaucoup

²⁸⁹ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO du 7 août 2004, n° 182, p. 14040. Le clonage reproductif ou thérapeutique reste interdit et relève des crimes contre l'espèce humaine.

²⁹⁰ Art. L. 2151-5 du Code de la santé publique.

d'interrogations concernant la dépénalisation de cet acte commis certes volontairement, mais par compassion.

D'abord, l'euthanasie qui consiste à abrégier les souffrances d'autrui en l'aidant à mourir n'est pas licite en France et de même au Liban. Elle est considérée soit comme un meurtre aggravé, soit comme un empoisonnement, en cas d'administration de substance mortifère. Il n'y a donc pas d'exception d'euthanasie. Ni la parole du malade, ni les mobiles qui animent l'auteur ne peuvent justifier cet acte. La CEDH a elle-même rappelé que « *l'article 2 de la convention ne saurait être interprété comme conférant un droit à mourir* »²⁹¹ et le Ministère public n'hésite pas à poursuivre de tels faits.

En pratique, les sanctions légères retenues en pareils cas, relèvent soit de la disqualification pénale soit de la mansuétude des jurés, qui acquittent ou prononcent une condamnation avec sursis²⁹². L'indulgence jurisprudentielle au niveau de la peine prononcée, marque un certain recul de la sévérité pénale.

Or, en la matière, le législateur français est intervenu à son tour en essayant d'octroyer au médecin un certain intervalle dans lequel ce dernier peut agir. Il répond à l'interrogation par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005²⁹³ dite loi Leonetti relative aux droits des malades et à la fin de vie qui autorise désormais le médecin à limiter ou arrêter un traitement concernant une personne « hors d'état d'exprimer une volonté » alors que la limitation ou l'arrêt du traitement serait susceptible de mettre sa vie en danger. L'article L.1111-13 du Code de la santé publique prévoit que « lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance ... ».

²⁹¹ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty / Royaume-Uni*, JCP, éd. G., 2002, II, 10062, note Girault.

²⁹² C. assises Île et Vilaine, 11 mars 1998, Bull. n° 63 bis ; CE, 29 décembre 2000, confirmant une simple peine d'interdiction temporaire prononcée par l'Ordre des médecins.

²⁹³ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JO du 23 avril 2005, n° 95, p. 7089.

Il est entendu que cette loi de 2005 n'arrêtera pas le débat autour du « droit de mourir en dignité », alors que l'Assemblée Nationale rejette, le 24 novembre 2009, la proposition de loi de Manuel Valls d'instaurer « *une assistance médicale pour mourir dans la dignité* ». Postérieurement, le Sénat de sa part a rejeté aussi le 26 janvier 2011 une proposition de loi relative à l'assistance médicalisée pour mourir qui légalisait l'aide médicale à mourir. Cette proposition de loi prévoyait pour les personnes atteintes d'une maladie grave et incurable infligeant une souffrance physique ou psychique qu'elles jugent insupportable, le droit à demander une assistance médicale pour mourir. Elle prévoyait aussi la possibilité de rédiger des directives anticipées dans l'hypothèse où la personne aurait été, en cas de maladie grave, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté. Enfin, elle instaure au profit des professionnels de santé une clause de conscience.

Dans le même contexte, est posée la question de la simple assistance au suicide d'un tiers. Alors le médecin met à disposition du patient de produits mortifères. Cette aide apportée à un acte principal non incriminé, n'est pas un cas de complicité punissable ; elle relève de la provocation au suicide par fourniture de moyens de l'article 223-13 du Code pénal. Mais il faut alors montrer l'élément intentionnel et la conscience du risque encouru²⁹⁴. C'est en se fondant sur l'absence de preuve de ces deux éléments que les juges ont choisi de manifester leur indulgence face à la loi.

La situation est totalement inversée lorsqu'il s'agit de la protection juridique de l'enfant à naître. La sévérité de la jurisprudence dans ce type d'affaires en ce qui concerne la définition de l'homicide volontaire va entraîner l'impunité du décès accidentel d'un fœtus *in utero*, quelle que soit la maturité de la grossesse. L'Assemblée plénière de la Cour de Cassation, contrairement à ce qui était jusqu'alors admis, a refusé le 29 juin 2001²⁹⁵, de consacrer le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Fidèle à cette interprétation, la chambre criminelle le 25 juin 2002²⁹⁶ ne retenait pas l'homicide involontaire pour un enfant mort-né à la suite d'un accouchement trop tardif.

²⁹⁴ En ce sens, TGI Lille, 5 avril 1990, D. 1993, somm. p. 14, obs. Gilbert Azibert.

²⁹⁵ Cass. ass. plén., 29 juin 2001, *Mme X*, JCP, éd. G., 2001, n° 29, II, 10569, commentaire par Michèle-Laure Rassat. Cf. CEDH, 8 juillet 2004, D. 2004, p. 2456, note Jean PRADEL et p. 2801, note Serverin.

²⁹⁶ Cass. crim., 25 juin 2002, JCP, éd. G., 2002, n° 41, II, 10155, commentaire par Michèle-Laure Rassat ; Cass. crim., 2 décembre 2003, Juris-Data n° 2003-021533, Bulletin D. 2004, p. 449, note Jean PRADEL. L'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique qu'à l'enfant qui est né vivant, peu importe qu'il soit *in utero* lors de l'accident.

Enfin, pour apporter remède à cette situation inique, la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité²⁹⁷ prévoyait de sanctionner « *l'interruption de grossesse causée de façon non intentionnelle par un acte médical, lorsque le praticien n'a pas accompli les diligences normales définies à l'article 121-3 du Code pénal* ». Le retrait de cette disposition devant les oppositions suscitées, traduit une véritable dépenalisation par rapport à la jurisprudence précédente²⁹⁸. Mais le vide juridique actuel concernant la protection de l'enfant à naître doit être comblé. L'on se doit d'évoquer d'autres cas où le législateur initialement prévoyait d'alléger la responsabilité pénale des élus, par la loi du 10 juillet 2000, Celle-ci exerce une incidence indirecte mais essentielle sur la responsabilité médicale.

En outre, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a eu une influence au comportement du patient victime de l'échec de l'acte médical.

II. Dépenalisation légale indirecte

Le but recherché est d'inciter la partie civile à délaisser la voie pénale, en lui proposant une procédure nouvelle et avantageuse pour elle. La victime, en effet, était souvent tentée de déclencher des poursuites pénales lorsqu'elle ne parvenait pas à connaître la vérité sur l'acte médical litigieux. Le secret professionnel qui servait de justificatif à l'absence de transparence et au difficile accès aux informations, était en effet écarté en cas d'investigations du juge.

Désormais, en vertu de la loi du 4 mars 2002, l'accès au dossier médical est un droit personnel du patient, transmissible à cause de mort, qui repose sur l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique. Le secret professionnel, inopposable à l'utilisateur, ne peut entraver cette prérogative qui s'exerce de façon directe ou par médecin interposé. La victime, devant ces dispositions, perd donc un des principaux intérêts qu'elle avait à exercer son action civile devant le juge pénal.

D'autres raisons néanmoins peuvent encore militer pour le choix de la voie répressive. La procédure devant les juridictions pénales apparaît à cet égard plus rapide ; elle offre la possibilité d'accéder aux preuves, de demander les mesures nécessaires à la manifestation de

²⁹⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO du 10 mars 2004, n° 59, p. 4567.

²⁹⁸ ALT-MAES Françoise, « *Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical* », Précité.

la vérité. Elle permet, par ailleurs, d'exercer un contrôle sur la durée de l'information. Au stade du jugement enfin, la victime peut interroger l'accusé, comme les témoins.

La loi du 4 mars 2002 a apporté, pour l'avenir, certaines innovations susceptibles de concurrencer les différents avantages du droit pénal. Par la création d'une nouvelle procédure contradictoire de règlement amiable des accidents médicaux, elle accélère l'indemnisation des victimes. L'offre faite par l'assureur de l'établissement fautif ou par l'ONIAM intervient rapidement²⁹⁹ et vaut transaction, en cas d'acceptation. Enfin, la prise en charge du coût de l'expertise contradictoire est un élément attractif susceptible de déterminer la victime à utiliser la procédure amiable.

Une véritable dépenalisation provient ensuite de la loi du 10 juillet 2000³⁰⁰, sur les délits non intentionnels. Son domaine reste toutefois limité à la seule personne physique, auteur indirect de l'infraction ; les personnes morales demeurent donc toujours pénalement responsables de toutes les fautes qu'elles ont commises. En effet, deux tiers, voire trois quarts, des affaires pénales recensées relèvent des homicides ou des blessures involontaires³⁰¹. La médecine est à cet égard un métier à risques.

Les nouvelles dispositions opèrent une distinction entre l'auteur direct et l'auteur médiate de l'infraction, en y attachant deux régimes juridiques différents. Tandis que l'auteur direct³⁰² de l'infraction se voit opposer tout fait ayant contribué au dommage, l'auteur indirect ou médiate³⁰³ n'est pénalement responsable qu'en cas de faute qualifiée. La notion recouvre d'une part la faute caractérisée³⁰⁴ et d'autre part la mise en danger délibérée d'autrui, définie par l'article L. 223-1 du Code pénal français. Dans les deux cas, il s'agit d'une situation grave susceptible de mettre autrui en péril.

Cette redéfinition de la faute a profondément atténué la responsabilité pénale du médecin, pour lequel les faits reprochés sont souvent indirects. Il en est ainsi du défaut de surveillance

²⁹⁹ Art. L. 1142-15 du CSPF.

³⁰⁰ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, précitée.

³⁰¹ MISTRETTA Patrick, « *La responsabilité médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000 : évolution ou révolution ?* », JCP, éd. G., 2002, n° 28, I, 149 ; Pour une faute simple, cause directe du dommage : Cass. crim., 21 septembre 2004, *Docteur David X / CA de Grenoble*, JCP, éd. G., 2004, n° 46, IV, 3198.

³⁰² Cass. crim., 2 décembre 2003, JCP, éd. G., 2004, n° 13, II, 10044, note Patrick Mistretta.

³⁰³ CA Paris, 4 décembre 2000, Gaz. Pal. Du 14-15 février 2001, p. 48, note, S. Petit.

³⁰⁴ Cass. crim. 1^{er} avril 2003, *Frédéric X / CA de Metz*, Juris-Data n° 2003-019248 ; Cass. crim., 4 février 2003, *Michel X, Eric Y et Jean Z / CA de Versailles*, Juris-Data n° 2003-018114.

reproché à un psychiatre³⁰⁵, du manque d'organisation de l'équipe médicale³⁰⁶, ou encore du non-respect des obligations de sécurité. Le chef de service, auteur médiat du dommage, bénéficiera alors d'une certaine exonération en ce qui concerne les actes accomplis au sein de son unité de soins³⁰⁷. Il ne devra cependant pas avoir commis de faute qualifiée. L'assouplissement de la responsabilité du praticien dépend de la constatation d'un lien indirect entre la faute commise et le dommage.

Or la chambre criminelle se montre parfois sévère dans son appréciation. Elle a estimé que le défaut de surveillance d'un nouveau-né était la cause directe de sa mort alors que ses lésions traumatiques provenaient de l'application du forceps³⁰⁸ et considéré que le décès d'un nourrisson provenait directement du mauvais usage de cet instrument et non de la décision des parents d'arrêter toute réanimation³⁰⁹. Par cette dépénalisation, même limitée par la jurisprudence, la loi a opéré une amélioration de la situation des praticiens, mais est-elle suffisante pour rétablir leur confiance dans le droit ?

Il aurait peut être suffi, pour engager la responsabilité du médecin auteur direct ou non de l'infraction, de supprimer la qualification pénale des fautes simples d'imprudence et de ne retenir que la seule faute qualifiée, délibérée ou caractérisée. La distinction entre la causalité directe et indirecte si difficile d'appréciation disparaîtrait, en ne laissant au juge que le rôle d'apprécier la gravité de la faute commise.

En définitive, la science médicale, ne peut s'exercer que dans la confiance. Il est nécessaire de sauvegarder la liberté professionnelle du médecin et de ne pas limiter son initiative et sa liberté d'entreprendre. Une pénalisation excessive des responsabilités continuellement alourdies entame la confiance du praticien. La loi du 4 mars 2002 a allégé les responsabilités civile et administrative en créant une prise en charge collective de l'aléa thérapeutique. La loi du 30 décembre 2002 a instauré un nécessaire partage de la réparation financière des dommages nosocomiaux. Ces deux textes devraient avoir, à cet égard, un effet rassurant. Mais

³⁰⁵ CA Paris, 27 janvier 2000, Juris-Data n° 2000-109780.

³⁰⁶ Dans le même sens, la responsabilité du chef de service, pour non-établissement d'un tableau de garde : CA Paris, 27 janvier 2000, Juris-Data n° 2000-109780 et pour défaut de surveillance et de consigne : CA Rennes, 10 octobre 2000, Juris-Data n° 2000-137044.

³⁰⁷ Cass. crim., 28 novembre 2000, *Paul ATTALAH / CA de Paris*, Juris-Data n° 2000-007896.

³⁰⁸ Cass. crim., 13 novembre 2002, *Michèle X / CA de Grenoble*, Bulletin 2002, n° 203, p. 751 ; Rev. sc. crim. 2003, p. 331, note Yves Mayaud.

³⁰⁹ Cass. crim., 23 octobre 2001, *X / CA de Grenoble*, Bull. 2001, n° 217, p. 689 ; Cass. crim. 23 octobre 2001, *X / CA de Toulouse*, Bull. 2001, n° 218, p. 692.

la responsabilité pénale est également tenue d'évoluer dans le domaine médical. Il apparaît en effet nécessaire d'opérer le recul d'une excessive pénalisation, car c'est la responsabilité personnelle du professionnel qui se trouve directement engagée.

Conclusion

Les contraintes financières, en France comme au Liban, commandent également un développement de la coopération entre les établissements de santé publics et privés. Plusieurs formules de coopération hospitalière ont vu le jour ces dernières années. Désormais, l'exécution du service public hospitalier transcende le clivage public-privé. Ceci a conduit à la naissance de la notion de système de santé au lieu du service public hospitalier traditionnellement exécuté par des personnes publiques, un phénomène qui a permis au législateur français, comme à son homologue libanais, outre les évolutions jurisprudentielles, de légiférer des textes juridiques qui ont plutôt l'esprit du droit commun.

La crise du service public hospitalier n'est qu'un aspect spécifique d'une crise globale au niveau du droit administratif. Depuis longtemps, les établissements privés qui participent à l'exécution du service public hospitalier étaient soumis aux règles du droit administratif. Mais cette soumission faisait figure d'exception et s'expliquait par l'étroitesse du lien entre l'administration et le service public. L'hypothèse n'est plus exception quand l'administration a fait appel de plus en plus souvent à des organes privés pour assurer la mission d'intérêt général. Tous ces phénomènes font perdre au droit administratif son unité et sa clarté. Par conséquent, la victime d'un acte médical pourrait, si l'on y prête garde, ignorer devant quel juge porter son litige ou le droit applicable.

D'ailleurs, l'adoption d'une loi unique dans le domaine du droit médical en général, et la responsabilité médicale en particulier, met en cause le dialogue des juges par l'application de la loi dans les deux ordres juridictionnels. Ce rapprochement public-privé entraîne la qualification juridique *sui generis* de l'hôpital public après l'avoir considéré pour longtemps comme un établissement public administratif, c'est-à-dire une qualification soumise au droit public pour une partie et pour l'autre partie au droit privé dans des proportions variables.

Pour conclure, nous constatons qu'un système de santé fondé sur des droits fondamentaux de la personne hospitalisée soumis à une loi unique qui s'applique aux établissements de santé, public et privé, est susceptible d'entraîner l'incompétence de la juridiction

administrative au cas où la question de la compétence aurait été soulevée à nouveau devant le Tribunal des conflits. Depuis la loi Kouchner, le droit de la responsabilité médicale des personnes publiques n'est plus fondé purement sur des principes généraux du droit public, surtout pour ce qui concerne les fondements de la responsabilité hospitalière, mais sur un texte législatif. Ceci pourrait faire du droit de la responsabilité médicale, même à l'hôpital public, une partie du droit commun appliqué dans les deux secteurs de l'activité médicale.

TITRE II

Une responsabilité médicale en voie de retrouver un équilibre malmené

Dans un rapport en date du 23 juin 2001 consacré à l'évolution du métier de médecin, le Conseil national de l'Ordre des médecins en France remarque que « *[le] patient veut une place dans le système de soins en tant que personne, voire même en tant que citoyen* »³¹⁰. Cette phrase signifie que le malade ne veut plus aujourd'hui se contenter d'être passif, il veut être l'acteur de sa santé, maître de son sort. Faire une confiance aveugle à son praticien n'est plus à l'ordre du jour. Il doit y avoir un échange entre les deux protagonistes. Cela atteste de la profondeur du processus qui bouleverse le monde médical. Il ne doit plus y avoir un savoir et un pouvoir médical, mais une relation conjointe et égalitaire entre le médecin et son malade.

Pour y participer, le patient va devoir être informé de sa maladie, des soins et différents traitements qui lui sont proposés. Le malade exige la connaissance et réfute l'ignorance dans laquelle on l'a maintenu pendant de nombreuses années. Il ne veut plus d'explications embarrassées, de mensonges inventés mais la vérité. En réalité, le patient veut participer à la décision médicale, il veut pouvoir accepter ou refuser l'acte proposé, il a donc besoin de savoir. Cela requiert du médecin tous les éléments indispensables.

Cette exigence sera reprise, en France, dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé³¹¹, ainsi qu'au Liban par la loi du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé³¹². L'on constate que l'information du patient est une exigence qui s'est développée progressivement, se fondant tant sur une pensée éthique que sur des textes juridiques précis. Le manquement du médecin à ses obligations éthiques, information du malade et consentement libre et éclairé, engage la

³¹⁰ Évolution du métier de médecin, Rapport de la Commission nationale permanente adopté lors des assises du Conseil national de l'Ordre des médecins du 23 juin 2001, Conseil national de l'Ordre des médecins en France.

³¹¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, op. cit.

³¹² Loi n° 574 du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé, op. cit.

responsabilité juridique du service public hospitalier (chapitre I). Ce progrès n'est pas limité seulement à l'élément éthique mais il va au-delà. Le juge administratif n'hésite pas à lancer des évolutions en matière de responsabilité hospitalière. Il confirme son caractère prétorien à chaque occasion rencontrée (chapitre II).

Chapitre I

Un équilibre fondé sur une éthique renforcée

Retracer l'histoire de l'obligation d'information médicale, c'est rappeler l'apparition progressive, l'affirmation puis l'autonomie de celle-ci, devenue bientôt exhaustive, concomitamment au développement du progrès scientifique et à l'émergence des droits des citoyens. Le phénomène constaté est général. Il concerne aussi bien le droit privé que le droit public. Une étude minutieuse de l'évolution et de la transformation de l'obligation d'information médicale s'impose avec une force d'autant plus importante que, si le défaut d'information du patient est susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement public de santé, il ne peut être assimilé ni à une faute médicale *stricto sensu*, ni à une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service public hospitalier. Cette faute particulière traduit en définitive, selon Marie-Laure Moquet-Anger, « *la volonté du juge administratif de distinguer ce qui se rattache matériellement à l'exercice de la médecine de ce qui se rattache aux droits des patients* »³¹³. Longtemps soucieux de placer en priorité l'accent sur la première hypothèse évoquée et de préserver la liberté thérapeutique du médecin dans la pratique de son art, ce juge, soucieux désormais de reconnaître et d'élargir les obligations du médecin à l'égard de ses malades, insiste beaucoup plus que par le passé sur la promotion des droits des patients, au point de vouloir l'autonomie de l'obligation d'information.

Cette affirmation de la portée juridique d'un principe presque philosophique emporte des conséquences intéressantes. En effet, le Conseil constitutionnel intègre dans le corpus juridique une norme éthique, qui deviendra norme de référence aussi bien au niveau du contrôle de constitutionnalité qu'au niveau de contrôle de légalité. Le respect de la dignité de la personne humaine, le patient en l'espèce, s'exprime par l'accomplissement par le médecin de son obligation d'information (Section 1). Il s'exprime aussi par un consentement libre et éclairé qui doit être précédé par toutes les informations indispensables qui permettent à ce dernier de donner son consentement éclairé en toute liberté (Section 2).

³¹³ MOQUET-ANGER Marie-Laure, « *Responsabilité médicale à l'hôpital* », Médecine et Droit, 1999, n° 35, p. 19.

Section 1. L'obligation d'information

Avant que l'introduction du droit au sein de la relation thérapeutique ne permette d'assimiler progressivement le manque d'information médicale à une faute, les médecins ont longtemps maintenu leurs patients dans l'ignorance de la gravité de leur mal. La médecine a toujours été considérée dans l'histoire comme d'origine divine³¹⁴. Les Egyptiens disaient la tenir de Thot, dieu du savoir universel, qui vivait 20 000 ans avant notre ère. Pour les Grecs, elle fut apportée par Asclépios, peu avant la guerre de Troie³¹⁵. Révélé par le Dieu à quelques initiés, son principe interdisait la transmission de la moindre information médicale à une population dont l'ignorance la rendait définitivement inapte et étrangère à ces révélations.

Cette médecine primitive, intangible, demeurait donc essentiellement secrète. Si l'influence du génie grec, plus raisonnable, a pénétré les enseignements ésotériques alors révélés, le serment d'Hippocrate ne se démarque pourtant fondamentalement pas de la logique des systèmes qui l'ont précédé. L'un des nombreux principes qu'énonce le père de la médecine, lui fut souvent reproché : « *je transmettrai les préceptes, les explications, et les autres parties de l'enseignement, à mes enfants, à ceux de mon maître, aux élèves inscrits et ayant prêté serment selon la loi médicale, mais à nul autre* »³¹⁶.

Hippocrate, dans son traité nommé « De la bienséance » indique que l'on doit « *cacher la plupart des choses au patient pendant qu'on s'occupe de lui [...] sans dire un mot de son état présent ou futur. Car, à cause de cela, nombreux sont les patients dont l'état a empiré* »³¹⁷. La relation thérapeutique entre le médecin et son patient a donc très longtemps évolué hors de toute obligation juridique d'information ; elle reposait uniquement sur la confiance humaine. La personne qui souffre physiquement ou moralement s'en remet au praticien totalement et passivement³¹⁸. Sa consultation du médecin témoigne à elle seule de cette confiance. Ce comportement s'explique simplement par l'acception qui prévalait à l'époque. Le malade était considéré comme inapte à prendre part aux décisions médicales. En 1950, Louis Portes,

³¹⁴ HASSENTEUFEL Patrick, *Les médecins face à l'État une comparaison européenne*, Presses de Sciences Po, 1997, p. 25.

³¹⁵ THEIL Pierre, *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, textes recueillis par Marcel Eck et Michel Boitard, Paris : Fayard, 1968, p. 411.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ Droit à l'information du malade, D. THOUVENIN, in *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, Coll. Quadrige, décembre 2003.

³¹⁸ La formule « Docteur, faites pour le mieux. C'est vous qui savez ! » marquait généralement cet abandon confiant.

premier président de l'Ordre des médecins en France, disait que « *le patient face à son médecin n'est qu'un jouet à peu près aveugle et essentiellement passif qui n'a ni le goût ni le don pour être véritablement instruit de sa maladie* »³¹⁹. C'est ainsi que l'obligation d'information a d'abord été entendue comme un pouvoir discrétionnaire du médecin³²⁰.

De même, les Codes de déontologie médicale en France qui se succédèrent en 1947, 1955 et 1979 ne faisaient aucunement référence à l'information du patient. Au Liban, même la dernière loi de déontologie médicale de 1994³²¹ n'a prévu la question de l'obligation d'information et le consentement du patient que passivement. Il faut attendre la loi du 11 février 2004 pour que cette question soit traitée largement.

Il est encore possible de trouver des indices de cette conception de « paternalisme médical », à notre époque, qui ont pu justifier le comportement de certains praticiens, notamment au Liban, réticents à la délivrance d'une information au malade. La position initiale du droit médical repose essentiellement sur le postulat de « la liberté du praticien », en position de force par rapport au malade. Cette position de force consiste en la connaissance scientifique nécessaire au diagnostic. Et c'est ainsi que cette connaissance va devenir un instrument du pouvoir médical, preuve d'une potentielle puissance du praticien.

Le Professeur Mémeteau souligne ainsi dans son traité de Droit médical que « *La liberté de prescription s'inscrit comme le plus important des principes posés par le Code de Déontologie comme base de la médecine traditionnelle. C'est un principe déontologique fondamental [...]* »³²². Cette opinion est aujourd'hui dépassée, grâce à un travail réciproque des médecins et des malades. Ces derniers, aidés par leur famille et diverses associations, se mobilisent pour la reconnaissance du droit à l'information. Parallèlement, les praticiens engagèrent un mouvement d'introspection, une prise de conscience de la nécessité éthique des pratiques médicales. Pour qu'une démarche éthique puisse prendre forme, il faut impérativement reconnaître que le patient est lui-même détenteur d'une liberté de décision.

³¹⁹ Communication à l'Académie des sciences morales et juridiques, citée par Françoise ALT-MAES, « *La faute éthique pour défaut d'information* », RGDM, n° 37, décembre 2010, p. 35.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ Loi de déontologie médicale n° 288 du 22 février 1994, op. cit.

³²² MÉMETEAU Gérard, *Cours de droit médical*, 4^{ème} éd., LEH, 2011.

Ces interrogations virent le jour, en France, au début des années 1980 et donnèrent lieu à différents textes réglementaires ou législatifs. On peut noter la création du Comité consultatif national d'éthique en 1983. S'intégrant dans cet effort de rationalisation de la pratique médicale, il faut citer les premières lois bioéthiques de 1994, qui reconnaissent l'intangibilité de l'intégrité corporelle. Celle-ci fut introduite dans le Code civil français, par les articles 16 et suivants. Les nouveaux Code de déontologie médicale au Liban en 1994 comme en France en 1995 témoignent également de cet impératif éthique. À partir de ces dates, on peut constater que l'obligation d'information et le consentement du patient ont revêtu un costume déontologique légal. Ils ne sont plus des expressions de l'éthique du soignant.

En France, la loi du 4 mars 2002 en prend note dans l'article L. 1111-4 du CSPF : le législateur réaffirme le principe selon lequel « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ». L'expression que l'on doit noter est celle de « consentement éclairé », qui suppose obligatoirement l'information du patient. Ainsi, le législateur libanais prévoit en 2004 dans la loi relative aux droits des malades et au consentement éclairé, dans son article 6, qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement préalable de la personne, [...] ce consentement doit être éclairé, précédé par toutes les informations indispensables [...]* ». Ces deux obligations seront l'objet principal de l'analyse dans ce chapitre.

Cette transformation juridique de l'obligation d'information, de l'éthique pure à la conception juridique, découle d'un principe constitutionnel retenu par le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 27 juillet 1994 relative aux lois de bioéthique³²³. Ce dernier a consacré l'existence d'un principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, une norme proclamée par la Cour de Cassation en 1942 par son arrêt *Teyssier*³²⁴, qui reconnaît la primauté du respect de la personne humaine dans l'activité médicale et du droit des malades. Emmanuel Dreyer souligne que tant au plan national qu'international le respect de la dignité de la personne humaine est un droit fondamental qui trouve un terrain d'élection majeur dans le domaine médical³²⁵.

³²³ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, JO du 29 juillet 1994, p. 11024 ; Recueil Conseil constitutionnel, p. 100 ; GDCC, 15^e éd., Dalloz, 2009, n° 37.

³²⁴ Req. 28 janvier 1942, *Parcelier / Teyssier*, GADS, Dalloz, 2010, n° 1, p. 3.

³²⁵ DREYER Emmanuel, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 249.

Cette évolution n'est pas sans risques. D'abord, l'étendue des informations à révéler, selon les évolutions jurisprudentielles (§ 1) et législatives (§ 2), est élastique. La subjectivisation de l'obligation d'information par le juge rend celle-ci non appréhendable. Il y a une nécessité majeure de traiter l'étendue de cette obligation dans la jurisprudence comme dans la législation. Puis seront abordées les conséquences au manquement de l'obligation d'information, qui, malgré leur importance, n'ont pas été prévues ni par le législateur français ni par son homologue libanais.

§ 1. L'étendue de l'obligation d'information

Après être devenue une obligation éthique puis une obligation imposée au praticien par l'article 35 du Code de déontologie médicale en France³²⁶, et de même par le décret de déontologie médicale au Liban³²⁷, l'obligation d'information ainsi définie restait attachée à l'existence d'une faute commise dans l'application de l'art médical³²⁸. Puis progressivement, l'information est devenue autonome et s'est détachée de la faute commise par le praticien, consacrée comme une obligation de résultat. Elle est devenue un moyen pour le malade d'obtenir une certaine réparation du préjudice subi alors qu'aucune erreur de technique médicale n'avait été commise. Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette évolution : le développement dans le public des connaissances médicales, la croissance du risque de responsabilité, etc.

Imposée par le Code de déontologie médicale, accentuée par les juges administratif et judiciaire, et réaffirmée par la loi française du 4 mars 2002 et la loi libanaise du 11 février 2004, l'obligation d'information du patient est devenue particulièrement exigeante pour le médecin. Se féliciter de la plus grande considération accordée aux patients ne doit donc pas conduire à méconnaître les inconvénients, sinon les dangers, de cette évolution. Le caractère très subjectif des principes qui délimitent cette obligation la rendent en effet difficile à apprécier pour le juge comme pour le médecin, et délicate à appréhender pour le malade.

³²⁶ Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, JO du 8 septembre 1995, n° 209, p. 13305.

³²⁷ Décret n° 1318 du 20 octobre 1969 relatif à la déontologie médicale.

³²⁸ Il n'y avait pas de responsabilité pour manquement à l'obligation d'information si l'acte accompli était irréprochable.

Le médecin dont le pouvoir se trouve *mutatis mutandis*³²⁹ désacralisé ne peut plus décider, à lui seul, d'expliquer les tenants et aboutissants des traitements préconisés, voire de s'expliquer quand les choix thérapeutiques ne seront pas couronnés de succès. Ce devoir d'information du médecin ne peut, bien évidemment, pas être contesté dans son principe. Il est au cœur du contrat médical en droit privé et au cœur des devoirs du service public hospitalier en droit administratif. Mais les mutations qui ont affecté la conception même de cette obligation nous inquiètent.

En France, contrairement au Liban, l'obligation d'information est omniprésente, tant dans la littérature médicale que dans les textes. Le Code de la santé publique français prescrit non seulement aux établissements de santé, publics ou privés, de communiquer, sur leur demande, les informations contenues dans leur dossier médical aux malades, mais leur impose au surplus de fournir à ceux-ci un livret d'accueil dans lequel le devoir d'information se trouve réaffirmé au travers de la charte du patient hospitalisé³³⁰, un devoir qui n'existe pas au Liban ni dans la littérature médicale ni dans le texte légal.

Par ailleurs, la grande nouveauté de la loi du 4 mars 2002 en France et de la loi du 11 février 2004 au Liban³³¹, c'est de créer un droit à l'information postérieur à l'acte médical. Outre l'accès à ce dossier médical, une attention particulière est portée à l'identification de « *risques nouveaux* »³³² postérieurement à l'exécution d'un acte médical : la loi prévoit que « *la personne concernée doit être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* »³³³. La loi institue ici une obligation de rappel, limitée par la seule impossibilité de joindre la personne concernée. Dans une affaire relativement récente en France, l'absence de transmission d'un compte rendu, révélant une fracture à une patiente sortie de l'établissement public de santé, est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier à l'origine d'une perte de chance d'une guérison sans séquelles évaluées à 50 % du préjudice final³³⁴

³²⁹ Une locution latine, signifiant littéralement : « ce qui devait être changé ayant été changé ».

³³⁰ Art. L. 1112-1 et 2 CSPF.

³³¹ Art 2 de la loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé du 11 février 2004, op. cit.

³³² Traduis des « données nouvelles » dans le texte libanais.

³³³ Art. L. 1111-2 alinéa 1 du CSPF.

³³⁴ CE, sect. 2 septembre 2009, *Mme Peignien*, RGDM, n° 33, décembre 2009, p. 421 ; AJDA, 2009, p. 1581, somm. Carine BIGET.

Obtenue après l'échec de l'acte médical, l'information porte sur les causes du dommage et ses circonstances³³⁵. C'est un droit de savoir qui précède celui d'agir en justice ou d'arriver à un accord après une médiation. La loi française en prévoit la délivrance par un entretien, dans les huit jours³³⁶ suivant la découverte du dommage ou la demande, contrairement à la loi libanaise qui ne prévoit aucun délai. Ceci met en cause l'efficacité de ce droit au Liban, où son débiteur n'est lié à aucun délai. Le législateur tend ainsi à rétablir le dialogue avec le corps médical, et à faire jouer la transparence. Il faut noter qu'aucune sanction n'est expressément prévue ni par la loi française ni par la loi libanaise en cas de refus de communication d'informations ; on peut alors songer à une possible saisine par le patient, ses ayants droit ou les titulaires de l'autorité parentale, du juge des référés.

L'aspect le plus significatif de cette nouvelle information postérieure à l'acte médical reste néanmoins la création d'un accès direct au dossier médical. L'accès du malade à son dossier médical et hospitalier a longtemps été quasi-tabou pour des raisons déontologiques, psychologiques et juridiques. Le secret médical était conçu comme un droit du médecin opposable au malade : celui-ci était maintenu dans l'ignorance de son état pour son bien, ou l'inaccessibilité du dossier médical jetait encore, sur les dysfonctionnements hospitaliers et sur les fautes médicales, un voile qui éludait les mises en responsabilité des professionnels de santé. Désormais l'obligation d'information peut être à tout moment de l'acte médical avant, pendant et après.

Or, le législateur français n'a rien précisé quant aux caractères de l'information. Ils ont été fixés par le Code de déontologie médicale dans son article 35 qui emploie les termes « *loyale, claire et appropriée* »³³⁷ quant à l'information sur l'état du patient, les investigations et les soins proposés permettant à l'intéressé de prendre la décision qui s'impose. Par contre, le législateur libanais a prévu expressément dans l'article 2 alinéa 2 de la loi relative aux droits des malades et au consentement éclairé les trois caractères de l'information due par médecin en employant les mêmes trois caractères qu'en France : loyale, claire et appropriée³³⁸. La loi

³³⁵ Art. L. 1111-7 et Art. 15 de la loi libanaise du 11 février 2004 prévoient que « *Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par les professionnels et établissements de santé [...]. Elle peut accéder à ces informations directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne...* ».

³³⁶ Art. L. 1111-7 alinéa 2 du CSPF.

³³⁷ Art. 35 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, op. cit.

³³⁸ Il faut noter ici qu'en France le code de déontologie médicale est fixé par un texte réglementaire « décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 » tandis que, au Liban, il est fixé par un texte législatif de 1994 « Loi de déontologie médicale n° 288 du 22 février 1994 ». Malgré la consécration légale antérieure du code de

en France comme au Liban exige que la délivrance de l'information s'effectue au cours d'un « *entretien individuel* »³³⁹.

Mais si le principe de l'obligation d'information était acquis, les modalités de sa concrétisation l'étaient moins. Les évolutions jurisprudentielles de ces dernières années ont précisément consisté à faire peser sur le corps médical une obligation d'information non seulement plus pressante dans son contenu, mais aussi plus générale dans son champ d'application. La progression incontrôlée de l'obligation d'information médicale n'est pas sans danger, et les contours encore imparfaitement dessinés du droit à réparation afférent à sa violation ne doivent pas dissimuler sa nécessaire limitation.

Il est nécessaire d'abord de dire que le domaine général de l'information médicale lequel ne provoque pas de débat quant à son étendue ou son concept (A). En France, ce domaine général a été affirmé par la loi du 4 mars 2002, ainsi par son homologue libanais dans la loi de 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé. La loi éclaire ainsi une question très controversée depuis des dizaines d'années dans la doctrine comme dans la jurisprudence (B).

A. Domaine général de l'information médicale

Il faut de nouveau rappeler que l'intérêt des juges judiciaire et administratif pour l'obligation d'information médicale n'est pas en soi une totale nouveauté. Dans son arrêt *Teyssier*³⁴⁰ rendu le 28 janvier 1942, la Cour de cassation française considérait déjà que l'obligation de recueillir le consentement du patient, « imposée par le respect de la personne humaine », permettait de retenir la responsabilité d'un médecin qui n'avait averti le patient ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir ni *a fortiori* de l'existence d'une alternative entre deux méthodes curatives possibles. Cette faute de « conscience médicale » n'était pas davantage inconnue du Conseil d'État français qui voyait dans le défaut d'information du patient matière à engager la responsabilité de l'hôpital, hormis les cas d'urgence³⁴¹. Eu égard aux circonstances de l'espèce des arrêts évoqués, le juge avait mis l'accent sur trois des

déontologie médicale au Liban par rapport à la loi du 4 mars 2002 en France, la responsabilité médicale et hospitalière est rarement mise en œuvre au Liban.

³³⁹ Art. L. 111-2 du CSPF et Art. 2 alinéa 2 de la loi libanaise du 11 février 2004.

³⁴⁰ Req. 28 janvier 1942, *Parcelier / Teyssier*, op. cit.

³⁴¹ CE, 6 décembre 1978, *Giral*, Rec. CE, 1978, Tables, P. 935 ; CE, 19 mai 1983, *Moudjahed*, Rec. CE, 1983, Tables, p. 824.

éléments sur lesquels l'information doit porter, c'est-à-dire la nature exacte des soins proposés, leurs conséquences et les alternatives thérapeutiques.

C'est maintenant le premier alinéa de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique français, comme l'article 2 de la loi libanaise de 2004, qui définit le domaine général de l'information dans les termes suivants « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette intervention 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, le personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* ».

Cette formulation reprend en fait la substance des recommandations élaborées en mars 2000 par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) en France, à laquelle a succédé la Haute autorité de santé (HAS) créée par la loi 2004-810 du 13 août 2004³⁴². Suivant ces recommandations, l'information qui doit permettre non seulement le consentement ou le refus éclairé du patient, mais aussi son concours aux investigations et soins, ce qui est de nature à favoriser une évolution positive, est relative à son état et à son évolution prévisible. Ceci nécessite des explications sur la maladie ou l'état pathologique, et sur son évolution habituelle avec et sans traitement ; la description et le déroulement des examens, des investigations, des soins, des thérapeutiques, des interventions envisagées et de leurs alternatives ; leur objectif, leur utilité et les bénéfices escomptés ; leurs conséquences et leurs inconvénients ; leurs complications et leurs risques éventuels, y compris exceptionnels ; les précautions générales et particulières recommandées aux patients ;

Au surplus, les recommandations soulignent aussi que l'information, qu'elle soit faite oralement ou à l'aide d'un document écrit, doit répondre aux mêmes critères de qualité : être hiérarchisée et reposer sur des données validées ; présenter les bénéfices attendus des soins envisagés avec leurs inconvénients et risques éventuels, et préciser les risques graves, y compris exceptionnels, c'est-à-dire ceux qui mettent en jeu le pronostic vital ou altèrent une

³⁴² Citée dans l'observation 3 sur l'arrêt *Teyssier*, GADS, Dalloz 2010, op. cit., p. 32.

fonction vitale ; être compréhensible, le médecin devant s'assurer que le patient a compris l'information et indiquer la solution qu'il préconise en expliquant les raisons de sa proposition ; l'état du patient et son évolution prévisible, ce qui nécessite des explications sur la maladie ou l'état pathologique, et sur son évolution habituelle avec et sans traitement, etc.

S'agissant de l'information sur les alternatives thérapeutiques, mise en lumière pour la première fois par l'arrêt Teyssier et consacrée par l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, précisant que l'information doit porter sur « *les autres solutions possibles* », on peut signaler un arrêt concernant l'information sur une alternative d'anesthésie générale ou loco régionale pour une opération de la cataracte³⁴³. Il convient toutefois de souligner qu'en présence d'alternatives thérapeutiques le médecin n'est pas tenu, comme le relève cet arrêt, de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical que ce dernier demande.

En revanche, une difficulté particulière peut se produire lorsque le patient, comme il en a le droit, refuse d'être informé sur un diagnostic ou un pronostic³⁴⁴, ce qui est de nature à rendre impossible, ou au moins difficile, la présentation par le médecin d'alternatives thérapeutiques pour soigner le mal diagnostiqué que le malade refuse de connaître. On peut penser qu'en ce cas le médecin devra attirer l'attention du patient sur les conséquences de son refus quant au choix des soins.

S'agissant des risques sur lesquels doit porter l'information, la jurisprudence, tant de la Cour de Cassation française que du Conseil d'État français, a marqué une évolution sur deux points concernant le risque grave et le risque exceptionnel. Ainsi, Les conséquences indemnitaires du manquement du médecin à son obligation d'information doivent être envisagées.

B. Les évolutions jurisprudentielles de l'obligation d'information

Au terme d'un processus jurisprudentiel continu, l'obligation d'information médicale s'est définitivement détachée de l'acte thérapeutique ; elle a acquis son autonomie. En devenant l'instrument juridique qui permet et facilite la mise en cause de la responsabilité en dehors de toute faute médicale technique, l'obligation d'information médicale a connu une transformation et un développement important. Elle ne se limite pas au seul domaine médical,

³⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 2000, Bull. civ. n° 13 ; Dalloz 2001, p. 3559, note M.-L. Mathieu-Yzorche.

³⁴⁴ Art. L. 1111-2, alinéa 4 du CSPF et Art. 3, alinéa 1 de la loi n° 574 du 11 février 2004.

mais concerne toutes les décisions susceptibles d'être prises par l'hôpital public. Il a été jugé qu'un établissement hospitalier ne pouvait, sous peine de voir sa responsabilité engagée, se dispenser d'indiquer à l'un de ses usagers les conséquences financières résultant pour lui d'un transfert dans une unité de long séjour.³⁴⁵

L'autonomie que les juridictions tant judiciaires qu'administratives lui ont progressivement reconnue est intervenue au terme d'une évolution continue et symétrique. Jusqu'à célèbre revirement réalisé par l'arrêt *Époux Vergos* du 10 avril 1992, la situation était assez paradoxale. D'une part, l'erreur de diagnostic devait constituer une « faute lourde » pour engager la responsabilité de l'établissement hospitalier, mais elle était assez souvent admise par le juge administratif français. D'autre part et en revanche, le défaut d'information du malade était susceptible d'engager la responsabilité de l'hôpital sur la base de la faute « simple », mais de nombreux arrêts écartaient ce moyen.³⁴⁶

Juridiquement, l'orientation déterminante est intervenue au cours des années 1997-1998, avec les arrêts *Hédreul, Guyomar et Mme C./ Clinique du Parc et autres*, respectivement rendus par la Cour de cassation les 25 février et 14 octobre 1997 et 7 octobre 1998, auxquels sont venus implicitement répondre différentes décisions des juridictions administratives, essentiellement les arrêts *Époux Quarez, Consorts Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris* en date respectivement des 14 février et 5 janvier 2000 pour les deux derniers. En se concentrant sur les arrêts de la jurisprudence administrative, les évolutions jurisprudentielles majeures s'illustrent par la redéfinition totale de l'obligation d'information médicale au niveau des risques exceptionnels (I), et par le préjudice lié au défaut d'information, source de plusieurs controverses jurisprudentielles (II).

I. Les risques exceptionnels

Les médecins exerçant dans le secteur public hospitalier sont traditionnellement tenus, comme leurs confrères du secteur privé, d'informer leurs patients des suites possibles des traitements auxquels ils les soumettent afin que ceux-ci soient en mesure de donner un « consentement éclairé » aux soins reçus. Le Conseil d'État français a ainsi condamné un

³⁴⁵ CE, 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, AJDA 1991, p. 479, obs. Xavier PRÉTOT.

³⁴⁶ MOREAU Jacques, note sous l'arrêt du CE, sect., 14 février 1997, *CHR de Nice*, JCP 1997, éd. G., n° 17, II, 22828.

hôpital pour n'avoir pas informé une de ses patientes que les résultats de l'amniocentèse qu'elle avait subie pouvaient être affectés d'une marge d'erreur inhabituelle³⁴⁷.

Jusqu'à la fin des années 90, le praticien hospitalier n'était pas tenu d'informer ses patients des risques revêtant un caractère exceptionnel. Cette solution, retenue par la jurisprudence administrative française dans un arrêt du Conseil d'État du 9 janvier 1970³⁴⁸, a été régulièrement confirmée par la suite par la juridiction administrative française. Dans l'affaire *Carteron*, le Conseil d'État a considéré qu' « *en admettant même que le requérant n'ait pas été averti des risques que comporte une injection intra-rachidienne, il résulte du rapport d'expertise que les suites fâcheuses d'une telle injection ne sont qu'exceptionnelles ; que le Sieur Carteron n'est, des lors, pas fondé à soutenir que la responsabilité de l'administration générale de l'assistance publique à Paris serait engagée par le motif qu'il n'aurait pas été averti des risques courus* ».

Dans l'arrêt *Ciesla* du 9 avril 1986, la Haute assemblée a également estimé que l'intéressé avait été personnellement informé de la nature de l'acte qu'il devait subir et considéré que l'administration hospitalière n'aurait pas commis une faute en s'abstenant d'en informer, en outre, le médecin traitant du patient. « *En admettant que ce dernier n'ait pas été averti des risques que comporte une artériographie médullaire, il résulte de l'instruction que rien ne permettrait de craindre qu'il fût exposé du fait de cet examen à un risque grave qui n'a qu'un caractère exceptionnel. Il n'est dès lors pas fondé à soutenir que la responsabilité de l'administration générale de l'Assistance publique serait engagée par le motif qu'il n'aurait pas été averti des risques encourus* ».³⁴⁹

En matière de chirurgie esthétique, il est certain que le juge administratif distingue toujours entre cette dernière et les autres facettes de la médecine. On rappelle, en effet, que pour l'acte de chirurgie esthétique, le juge administratif considère que le praticien est tenu d'une obligation d'information particulièrement étendue à l'égard de son patient³⁵⁰, ce qui veut donc dire implicitement mais nécessairement que le médecin est tenu d'exposer tous les risques, fussent-ils exceptionnels.

³⁴⁷ CE, 14 février 1997, *CHR de Nice*, *Ibidem*.

³⁴⁸ CE, 09 janvier 1970, *Sieur Carteron*, Rec. CE, 1970, p. 17.

³⁴⁹ CE, 9 avril 1986, *Ciesla*, Rec. CE, 1986, p. 85 ; voir dans le même sens, CE, 1^{er} mars 1989, *Gélineau*, Rec. CE, 1989, p. 65.

³⁵⁰ CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sect., 15 mars 1996, *Mlle Durand*, JCP 1996, éd. G., n° 30, IV, 1593.

Cette jurisprudence est sans nul doute louable du point de vue des victimes. Mais elle a cependant des limites à ne pas franchir. C'est la raison pour laquelle cette solution appelle des réserves. D'abord, l'affaire *Durand* ne distingue pas selon qu'il s'agit de la chirurgie esthétique reconstructrice qui a une finalité thérapeutique ou de la chirurgie esthétique plastique qui est issue de la médecine de convenance ou encore de confort. Ce qui est important, en effet, c'est de bien voir que la jurisprudence *Mlle Durand* ne se justifie pas en matière de chirurgie plastique, parce que, dans ce cas, la personne vient voir le médecin non pas par nécessité mais par opportunité. Dès lors, comment justifier que ce qui est une opportunité pour une personne entraîne une obligation juridique très rigoureuse pour le médecin ? Gardons la sévérité lorsqu'il y a vraiment nécessité médicale. À notre sens, il n'y a aucune justification juridique raisonnable sur laquelle l'arrêt *Durand* peut être fondée.

Dans une évolution qualitative, pour les deux arrêts lus par la Section du contentieux le 5 janvier 2000 avec les conclusions du commissaire du gouvernement Chauvaux³⁵¹, l'arrêt Assistance publique-Hôpitaux de Paris d'une part, l'arrêt Consorts Telle d'autre part, le Conseil d'État s'est aligné sur les solutions adoptées par la Cour de cassation le 7 octobre 1998 à propos d'une question qui est une source non négligeable de contentieux dans le domaine médical, l'obligation d'information du médecin envers le patient³⁵².

Il est vrai que le justiciable a une certaine difficulté à comprendre que, en matière de contentieux de la responsabilité médicale, les solutions puissent ne pas être les mêmes selon le juge compétent pour connaître de son action alors qu'il demande réparation à l'un ou à l'autre d'un préjudice qui a la même cause et qu'on ne peut invoquer aucune spécificité de la mission remplie par la personne publique qui justifierait des solutions différentes de celles retenues lorsqu'une personne privée est en cause. Or, tel est bien le cas de l'information du patient par le médecin. Que le patient ait recours au secteur privé ou qu'il utilise l'hôpital public, il doit avoir droit à la même information d'autant que les devoirs du médecin étaient précisés par le même texte, l'article 35 du code de déontologie médicale. Il serait choquant que les solutions apportées par l'un ou l'autre des deux ordres de juridiction soient résolument différentes. Dans ces conditions, on ne peut qu'approuver le Conseil d'État d'avoir pris en considération

³⁵¹ Conclusions sur CE, sect., 05 janvier 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris / M. Guilbot et Époux Telle*, RFDA, mai-juin 2000, p. 641.

³⁵² Cass. civ., 1^{ère} chambre, 07 octobre 1998, n° 97-10267 et n° 97-12185, LPA, 1999, n° 89, p. 4, note Christine NOIVILLE.

la jurisprudence judiciaire qu'il ne perd jamais de vue en matière de contentieux de la responsabilité et, après avoir constaté qu'il n'y avait aucune raison de fond qu'il s'en écarte, d'avoir gommé les différences qui, jusque-là, séparaient les deux jurisprudences.

Saisi d'un pourvoi en cassation formé par l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, saisi également par les consorts Telle d'un autre pourvoi en cassation contre un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon dans lequel était également en cause la question de savoir si le médecin avait l'obligation d'informer le patient de risques exceptionnels, le Conseil d'État, le 5 janvier 2000, rejoint à son tour le mouvement en affirmant, dans un considérant de principe que l'on retrouve dans les deux arrêts, que, « *lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les règles de l'art, comporte des risques connus de décès et d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation* »³⁵³.

Cette formule adoptée par la juridiction administrative française attire des observations. En premier lieu, la rédaction du Conseil d'État est plus précise que celle de la Cour de cassation³⁵⁴. La juridiction administrative française limite en effet les risques exceptionnels qui doivent être révélés aux seuls risques de décès et d'invalidité. Le risque de décès n'appelle aucun commentaire. Quant au risque d'invalidité, la question est de savoir à partir de quel degré de gravité le risque doit faire l'objet d'une information. Dans les arrêts du Conseil d'État du 5 janvier 2000, le risque non révélé était un risque de paraplégie avec une invalidité permanente de 60 % dans l'arrêt *AP-HP* et un risque d'hémiplégie avec une invalidité permanente de 75 % dans l'arrêt *Telle*. Il ne faut cependant pas en déduire que seuls les risques exceptionnels de tétraplégie, de paraplégie ou d'hémiplégie doivent être révélés au

³⁵³ CE, Sect., 05 janvier 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris / M. Guilbot et Époux Telle*, op. cit ; Un tel alignement est confirmé par plusieurs arrêts voir dans ce sens : CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect., 27 septembre 2002, *Mme N.*, JCP, 2003, éd. G., n° 26, IV, 2189 ; CE, ass., 19 mai 2004, *Caisse régionale d'assurance maladie d'Île-de-France et Caisse primaire d'assurance maladie du Val-de-Marne / Truszkowski*, Rec. CE, 2004, p. 228 ; CE, 25 octobre 2006, *Mme T.*, AJDA, 2006, p. 2358 ; CE, 24 octobre 2008, *CHR d'Orléans*, AJDA, 2008, p. 2352, concl. J.-Ph. Thiellay ; RGDM, n° 20, p. 348 ; CE, 09 décembre 2009, *Véronique A.*, RGDM, n° 34, mars 2010, p. 329.

³⁵⁴ Cass. civ., 1^{ère} chambre, 07 octobre 1998, *Mme C. / Clinique du Parc et autres*, n° 97-10267, op. cit : la Cour de Cassation évoque la notion de « risques graves » alors que le Conseil d'État envisage les « risques connus de décès et d'invalidité ». De cette constatation naît l'interrogation suivante : quels sont les risques exceptionnels qui doivent être révélés au patient ?

patient³⁵⁵. Le juge administratif devra apprécier au cas par cas les risques d'invalidité en cause afin d'estimer s'ils présentent un degré de gravité suffisant pour que leur non-révélation soit fautive.

La finalité de l'information est de permettre d'éclairer la décision du patient d'accepter ou de refuser les investigations, soins ou interventions proposés par le médecin. Il est donc logique de tenir compte du particularisme de chaque patient pour voir si le risque en cause est de nature à avoir une influence sur sa décision. Si tel est le cas, le risque présente un degré suffisant pour devoir faire l'objet d'une information.

Au-delà, les arrêts du 5 janvier 2000 précités ont aussi un autre mérite essentiel concernant la détermination définitive³⁵⁶ de fixation du préjudice indemnisable évalué en l'espèce à une perte de chance, une notion juridique instable mérite d'être discutée.

II. Le débat généré par la jurisprudence nouvelle de janvier 2000

En arrêtant une méthode rigoureuse d'évaluation du préjudice subi par le patient et résultant d'un défaut d'information vraisemblablement dommageable, le Conseil d'État français a contribué, par les arrêts *Consorts Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris*³⁵⁷, à remplir une fonction aussi attendue qu'indispensable.

En s'abstenant de rendre compte à leur patient de la présence de risques exceptionnels liés à l'intervention chirurgicale envisagée, les praticiens ont commis une faute. Dès lors que se concrétisent certains de ces risques initialement ignorés, Messieurs Telle et Guilbot subissent un préjudice. Mais parce que nul ne peut soutenir qu'informés de la présence de ces risques exceptionnels susceptibles de survenir, ces patients auraient renoncé pour autant à l'intervention thérapeutique pratiquée, au regard à la fois des importants bienfaits physiques qu'ils en escomptaient et des graves maux corporels qui les tenaillaient jusqu'alors et qui motivèrent leur consultation médicale, la détermination du lien de causalité entre cette faute et le préjudice demeure délicate.

³⁵⁵ Commentaire par Emmanuel SAVATIER sur l'arrêt du CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect., 17 mai 2000, *M. Canas*, JCP, éd. G., 2001, n° 24, II, 10462.

³⁵⁶ Cette position sera objet de notre analyse postérieurement à l'occasion de la dernière évolution au stade de l'obligation d'information après la loi du 4 mars 2002.

³⁵⁷ CE, Sect., 05 janvier 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris / M. Guilbot et Époux Telle*, op. cit.

De manière réaliste, le préjudice subi par le patient se limite donc à l'impossibilité dans laquelle ce dernier s'est trouvé par la faute du médecin de prendre sa décision en toute connaissance de cause et de fournir par conséquent un consentement totalement éclairé. C'est dans ce contexte que le Conseil d'État français, faisant pleinement usage de son pouvoir créateur, recourt à la notion de perte de chance qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles³⁵⁸. Si le préjudice résultant de la faute du médecin n'est pas le dommage lui-même, cette faute a globalement fait perdre au patient la chance de se soustraire par une décision plus judicieuse au risque qui s'est finalement réalisé.

D'ailleurs, concernant la théorie de la perte de chance, La jurisprudence administrative libanaise globalement nous semble plus orthodoxe en la matière. Le Conseil d'État libanais a plus de mal à inclure dans ses arrêts des dispositifs indemnifiant le préjudice qui provoque des interrogations autour de sa certitude. Il est connu dans le droit de la responsabilité administrative qu'un préjudice pour être indemnisé doit être certain. Le Conseil d'État libanais confirme dans ses deux arrêts que le préjudice éventuel n'est pas réparable³⁵⁹. Pourtant, dans le domaine de la responsabilité du service public hospitalier, le Conseil d'État libanais ne s'est pas exprimé en la matière.

À cette occasion, il est important de rappeler que la doctrine française, en matière de la responsabilité du service public hospitalier, considère, comme il a été précisée à des développements sur les évolutions de l'élément du préjudice, que la perte de chance de guérir, de survivre, de se souscrire à un risque qui s'est réalisé ou simplement de ne pas voir sa santé s'aggraver ne constitue pas un préjudice éventuel mais un préjudice probable. L'utilisation de cette théorie n'est certes pas nouvelle pour la juridiction administrative française qui est depuis longtemps coutumière de son application en matière médicale.

En la matière, une proposition que l'on avancera consiste à permettre au juge administratif libanais de surmonter l'obstacle de la certitude du préjudice subi par le recours à une indemnisation fondée sur la seule méconnaissance de l'obligation d'information par le

³⁵⁸ Le juge judiciaire a clairement opté la théorie de la perte de chance dans une décision du 7 février 1990, retenant que « le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé » : Cass. civ., 1^{ère}, 07 février 1990, *Hérard*, Bull. civ., I, n° 39.

³⁵⁹ CE libanais, 03 novembre 1999, n° 50, *Revue de la juridiction administrative au Liban*, N° 15, Tome 1, p. 90 ; CE libanais, 03 juin 1999, n° 586/98-99, *Revue de la juridiction administrative au Liban*, N° 14, Tome 2, p. 632.

médecin, dans le but de réparer le préjudice moral ainsi subi. Nul besoin de s'interroger sur le caractère nécessaire ou inéluctable de l'acte médical. Une telle solution serait fondée sur la primauté du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, ici le patient, qui, dans le cas où il y a un manquement d'information, serait prise dans l'ignorance. Cette situation en elle-même constitue un préjudice moral certain que l'administration hospitalière doit réparer. Il s'agit incontestablement d'une solution favorable au patient, qui n'aurait plus à faire la preuve qu'il aurait changé d'avis si l'information lui avait été communiquée.³⁶⁰

S'agissant des apports des arrêts du 5 janvier 2000 en France, en application de la théorie de la perte de chance, le préjudice à indemniser ne saurait correspondre à la totalité du dommage physique subi, mais uniquement à une partie de celui-ci, celle que le patient aurait statistiquement évitée s'il avait été en mesure d'exercer un choix éclairé³⁶¹.

De manière concrète, l'évaluation du préjudice est calculée en multipliant le montant du dommage subi par la probabilité que le patient aurait eu de refuser l'intervention s'il avait été informé du risque. L'emploi de cette technique limite le préjudice indemnisable aux seules conséquences de la faute commise, contrairement à la jurisprudence administrative traditionnelle du juge administratif français qui avait toujours accordé à la victime la réparation de l'intégralité du préjudice subi³⁶².

Dans ce contexte, il est utile de soulever la question de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle. Un tel principe juridique est presque « inexistant » dans la réalité juridique libanaise soit au niveau de la législation soit au niveau de la jurisprudence. Rappelons en la matière que Jean Rivéro a écrit qu' « *il n'y a pour le juge qu'une technique de formulation de la règle de droit : il énonce dans les conscients, de façon plus ou moins explicite, la formule générale dont il va déduire la solution au cas particulier qui lui est soumis. Il en résulte nécessairement que, dans la mesure où le juge procède ainsi, en vertu de son pouvoir*

³⁶⁰ Nous rappelons que la jurisprudence administrative libanaise avait pris des décisions courageuses en matière du *pretium doloris*, le Conseil d'État libanais a indemnisé le *pretium doloris* avant son homologue français et qu'il a devancé, de trois mois, la jurisprudence *Laruelle* et *Delville* ; voir dans ce sens : Jean BAZ, *La juridiction administrative au Liban*, Beyrouth, 1962, p. 234 ; également pp. 205 et 207.

³⁶¹ Le Conseil d'État considère, dans l'arrêt *Telle*, que « *la réparation du dommage résultant pour M. Telle de la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice subis, que compte tenu du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, les risques d'hémorragie cérébrale qui étaient encourus en cas de renoncement à ce traitement, cette fraction doit être fixée au cinquième* ».

³⁶² CE, 17 février 1988, *CHR de Nancy*, n° 71974, Inédit au recueil Lebon ; CE, 19 mars 1997, *M. Meynial et Mme Girard*, n° 147173, Inédit au recueil Lebon.

normatif, à une modification de la règle antérieure, la règle nouvelle va produire effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l'existence, mais à l'égard des faits ou des actes sur lesquels il statue. Or, au moment où le fait s'est déroulé, où l'acte a été pris, la règle jurisprudentielle était, par hypothèse, fixée dans un certain sens. Ce n'est cependant pas cette règle, en vigueur, à l'origine du litige, qui lui sera appliquée, mais celle que le juge lui substituera au terme de celui-ci. Il y a donc bien rétroactivité de la règle jurisprudentielle, non seulement à l'égard des données du litige à propos duquel elle a été élaborée, mais encore, dans la mesure où le juge s'en tiendra à la même règle, à tous les litiges semblables dont il a été saisi »³⁶³.

En matière de responsabilité médicale, la rétroactivité a soulevé une polémique en France à propos de l'évolution de la jurisprudence en matière d'obligation d'information avec l'arrêt du « Plexus Brachial »³⁶⁴. Dans cette affaire un médecin avait, au cours de l'année 1974, suivi la grossesse d'une jeune femme dont l'accouchement était prévu début février 1975. En réalité dès le 11 janvier 1975 la parturiente ressentait des douleurs et mettait au monde le lendemain un enfant dans des conditions difficiles car il se présentait par le siège ; et, lors des manœuvres obstétricales, il a subi une dystocie des épaules entraînant une paralysie bilatérale du plexus brachial, dont il a conservé de sérieuses séquelles puisque son incapacité permanente a été fixée à 25 %.³⁶⁵

Dans un autre arrêt du 09 octobre 2001, la Cour de Cassation française a cassé l'arrêt qui a débouté le demandeur en énonçant qu' « un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, 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 ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment

³⁶³ RIVERO Jean, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA 1968, p. 15.

³⁶⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 09 octobre 2001, n° 0014564, Bull. civ., I, n° 249.

³⁶⁵ Nous rappelons que dans cette affaire la mère n'a engagé aucune action en responsabilité contre le médecin, mais son fils a agi contre lui après sa majorité en lui reprochant en particulier de ne pas avoir informé sa mère du risque de relèvement des bras inhérent à une présentation par le siège lorsque l'accouchement est fait par voie basse et non par césarienne.

donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ».

Une telle position a été renforcée par la CEDH précisant que les exigences de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante³⁶⁶. Le Conseil d'État français a statué dans le même sens en considérant que « *l'application rétroactive d'une jurisprudence nouvelle, qui ne comporte pas de réserve relative à son application dans le temps, n'est que l'effet des voies normales de recours au juge, et en particulier du contrôle du juge de cassation* »³⁶⁷.

Le législateur français, puis son homologue libanais, s'est senti obligé d'intervenir dans le domaine. Il est prévu dans la loi Kouchner en 2002 des dispositifs traitant de l'étendue des risques qui doivent être dévoilés. Á première vue, on peut espérer que le législateur français a trouvé les bonnes réponses aux interrogations soulevées, soit par la jurisprudence soit par la doctrine. Mais après examen des détails du texte législatif le doute est permis.

§ 2. Un droit d'être informé consacré par la loi

En France, la loi du 4 mars 2002, complétée par un décret du 29 avril 2002³⁶⁸, s'attache notamment à reconnaître aux usagers du service de la santé une plus grande autonomie de décision du patient, afin d'assurer une plus grande égalité dans les rapports du médecin avec son patient, ce qui postule une information approfondie et un consentement parfaitement éclairé. Mais l'obligation d'information s'est imposée de plus en plus dans un contexte sociologique favorable et pour les besoins d'indemnisation. La faute en matière d'information est parfois un palliatif de l'absence de faute technique et la jurisprudence a fait évoluer cette obligation de manière extensive.

Ensuite, la loi poursuit l'évolution jusqu'à faire des obligations du médecin en matière d'information et de consentement, des droits subjectifs des usagers³⁶⁹. Cette nouvelle philosophie peut avoir des incidences sur la relation personnelle médecin-patient laquelle,

³⁶⁶ CEDH, 5^{ème} sect., 18 décembre 2008, *UNEDIC / France*, n° 20153/04 ; CEDH, 5^{ème} sect., 14 janvier 2010, *Atanasovski / Macédoine*, n° 36815/03.

³⁶⁷ CE, 07 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des îles*, Rec. CE, 2009, Tables, p. 917.

³⁶⁸ Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002, JO du 30 avril 2002, p. 7790.

³⁶⁹ Loi française n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, op. cit ; Loi libanaise n° 574 du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé, op. cit.

pendant longtemps, a été marquée par un profond déséquilibre. Pourtant, aujourd'hui, l'évolution et la diffusion des connaissances participent à la modification des comportements. Le patient devient acteur de sa santé. Seulement, afin d'agir en toute connaissance de cause, il lui faut connaître la nature de son mal et être informé des conditions de son traitement.

Le législateur a confirmé, en France comme au Liban, la jurisprudence relative au contenu de l'information. L'article 1111-2 alinéa 1 du Code de la santé publique français ainsi que l'article 2 alinéa 1 de la loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé précisent que *« toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette 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 »*. Mais le droit à l'information ne peut être absolu et certaines limitations demeurent.

En effet, l'article L. 1111-2 alinéa 2 du Code de la santé publique français, ainsi que l'article 2 alinéa 2 de la loi libanaise du 11 février 2004, confirment les exceptions à l'obligation d'informer lorsqu'il y a urgence et impossibilité d'informer, ce qui est déjà admis par le Code de déontologie médicale et par la jurisprudence. Toutefois la légitimité d'une dispense d'information en cas de nécessité, d'urgence ou d'impossibilité d'informer doit être prouvée. L'information peut être limitée par la volonté même du patient. L'article L. 1111-2 alinéa 4 du CSPF et l'article 3 de la loi libanaise disposent que le médecin doit respecter la volonté du patient *« d'être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic »* si du moins des tiers ne sont pas exposés à un risque de transmission.

Pour revenir aux évolutions jurisprudentielles et législatives du champ de l'obligation d'information, et parce que le jugement est nécessairement entravé par l'absence de recul, une première analyse de la loi pourrait conclure à la simple transposition des principes jurisprudentiels régissant l'obligation d'information. Cette position se vérifie d'ailleurs à la lecture de l'arrêt du Conseil d'État français du 27 septembre 2002, censé mettre en oeuvre les nouveaux dispositifs de la loi Kouchner. Dans cet arrêt, la Haute juridiction administrative

juge que le défaut d'information de la part d'un établissement hospitalier sur les risques de complications infectieuses invalidantes d'une stérilisation tubaire fait perdre à la patiente la chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé³⁷⁰. Cet arrêt se situe dans la droite ligne de la jurisprudence tracée par le Conseil d'État français depuis le 5 janvier 2000. On y retrouve à l'identique le considérant de principe des affaires *Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris*. Comment, en effet, un arrêt confirmatif pourrait-il se trouver au sein d'une controverse juridique ?

En y regardant de plus près, on s'aperçoit que la permanence des exigences jurisprudentielles ne correspond pas aux nouvelles exigences législatives. Selon les termes du législateur français, l'information médicale porte sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » des actes préventifs, diagnostiques ou thérapeutiques mis en œuvre³⁷¹. Du point de vue terminologique, il n'y a aucune concordance entre les mots du juge administratif et les mots du législateur français. Logiquement, la rigueur juridique commande pourtant qu'ils fassent usage du même vocabulaire, à tout le moins s'ils ambitionnent de poursuivre un objectif identique, comme le prétendent les travaux parlementaires préparatoires.

Mais la controverse ne réside pas exclusivement dans la place à accorder aux risques exceptionnels. Le critère de la gravité des risques est également concerné. À l'information médicale sur les « risques graves », demandée par le juge judiciaire français, et, sur les « risques de décès ou d'invalidité » exigée par le juge administratif français, succède, dorénavant, une information sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » consacrée par le législateur français. Le risque grave est légalement qualifié de « normalement prévisible », alors même que les juges s'en contentaient jusque-là. L'usage de la conjonction de coordination « ou » marque encore la volonté législative d'introduire un critère quantitatif, la fréquence, à côté du critère qualitatif, la gravité.

Ces différences constatées nous font comprendre aisément que la jurisprudence actuelle du Conseil d'État français relative à l'étendue de l'obligation d'information soit au cœur d'une

³⁷⁰ CE, 7^{ème} et 5^{ème} Sous-sect., 27 septembre 2002, *Mme Martine N.*, Rec. CE, 2002, p. 315; Voir aussi dans le même sens, CAA Nancy, 15 octobre 2009, *Mme Jeannine A.*, Inédit au recueil Lebon, n° 08NC00354 ; CAA Marseille, 16 janvier 2009, *CHRU de Nîmes*, Inédit au recueil Lebon, n° 07MA00339 ; CAA Bordeaux, 24 février 2009, *Mme Eliette*, Inédit au recueil Lebon, n° 05BX01798.

³⁷¹ Art. 111-2 du CSPF.

controverse. Celle-ci se nourrit de la remise en cause par le législateur français de l'exclusivité du critère de la gravité (A) au profit de celui de la connaissance des risques (B).

A. La gravité des juges est-elle celle du législateur ?

Si l'on peut aisément admettre que le décès soit légalement englobé dans le risque grave, la question de l'étendue de la prise en compte des « invalidités » reste avant tout ouverte. En ne reprenant pas ce terme, le législateur évite de s'enfermer dans un espace juridiquement défini comme « la réduction durable des deux tiers au moins de la capacité de travail ou de gain d'un assuré social âgé de moins de soixante ans, lui donnant droit aux prestations de l'assurance invalidité »³⁷², et ce même si les juges ne s'en sont jamais souciés dans leur propre appréciation des invalidités.

En réalité, l'absence d'une définition précise de la gravité s'explique par la relativité même de cette notion. Appréciée *in concreto*, la gravité du risque encouru varie selon les particularités du patient. Une évaluation *in abstracto* suppose de dissocier parmi les effets potentiels de la réalisation des risques ceux qui répondent au degré de gravité requis. Pour tracer cette frontière, la détermination d'un critère objectif s'impose. L'on a constaté précédemment, que les juges se fondaient essentiellement sur la perte définitive de l'usage d'un membre ou d'un organe. Le législateur ne pose aucun critère similaire. Certains auteurs ont d'ailleurs regretté l'absence d'une telle définition³⁷³. Pourtant, l'appréciation de la gravité est évoquée un peu plus loin dans ce même texte.

En effet, lorsque la loi expose le mécanisme de réparation des accidents médicaux non fautifs, elle précise que les dommages susceptibles d'être réparés au titre de la solidarité nationale devront notamment présenter « un caractère de gravité [...] apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle, mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail »³⁷⁴. Or, le risque grave est bien celui qui, s'il se réalise, cause un dommage d'une certaine gravité. On peut donc considérer que le taux, fixé par décret, mais au plus égal à 25% d'incapacité permanente, caractérise le risque grave du législateur. Il serait pour le moins délicat d'expliquer que la signification du terme « gravité »

³⁷² CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 479.

³⁷³ Actes de la journée d'études des éditions du juriste, Patrice Jourdain, Anne Laude et Jean Pennau et autres, *Le nouveau droit des malades*, Litec, 2002, p. 55-56.

³⁷⁴ Art. L. 1142-1-II du CSPF.

varie d'un chapitre à l'autre de la loi du 4 mars 2002. Aussi, en application de ce critère, les patients devraient désormais être informés des risques dont la réalisation engendrerait une incapacité permanente partielle d'au moins 25 %.

Le choix d'un taux d'incapacité permanente partielle comme seuil de gravité présente l'avantage de tracer une frontière précise en évitant de faire coexister à côté de la gravité des juges celle des commissions régionales d'indemnisation et de conciliation, tous deux appelés à connaître des accidents médicaux. Il met également fin à la nuance introduite par la jurisprudence administrative entre la « gravité » du risque encouru des arrêts *Telle* et *Assistance publique-Hôpitaux de Paris* et « l'extrême gravité » des dommages, condition requise pour engager la responsabilité sans faute des hôpitaux sur le fondement de la jurisprudence *Bianchi*³⁷⁵.

Cette subtile distinction conduisait parfois le juge administratif français à refuser à une même complication le caractère d'extrême gravité alors qu'il lui reconnaissait une gravité suffisante pour être intégrée à l'obligation d'information³⁷⁶. De plus, même si, comme tous les taux, il a vocation à évoluer, le juge offre aux acteurs de soins et aux patients la faculté d'identifier plus nettement ce que recouvre la gravité. Mais, alors même que les juges font de la gravité des risques « le » critère de l'étendue de l'obligation médicale d'information, le législateur lui fait perdre son exclusivité pour privilégier la connaissance des risques.

B. La connaissance des risques

L'information médicale doit désormais porter selon les termes du législateur, en France comme au Liban, sur les « risques fréquents ou graves normalement prévisibles ». Une interprétation grammaticale, passant par la substitution aux adjectifs qualificatifs du substantif « risque », permet d'éclairer le sens de l'expression. Les risques fréquents s'opposent aux risques graves auxquels la formule « normalement prévisible » se rattache. Seule une ponctuation à l'aide d'une virgule placée après l'adjectif « grave » permettrait d'affecter cette expression aux deux types de risques. Un tel rattachement n'est d'ailleurs pas nécessaire lorsque l'on se penche sur les liens entre fréquence et prévisibilité. Un risque fréquent peut *a fortiori* être prévu, alors même que la prévisibilité ne présage en rien de la fréquence. Quel

³⁷⁵ CE, ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, concl. S. Daël, RFDA, 1993, p. 573.

³⁷⁶ CAA Lyon, 14 novembre 2000, *CH de Nice*, Inédit au recueil Lebon, n° 95LY01341 ; CAA Nancy, 20 décembre 2001, *Mme Antoine*, Inédit au recueil Lebon, n° 97NC00262.

intérêt aurait trouvé le législateur à consacrer une telle pétition de principe ? Cette première analyse rapide permet de mettre en évidence les limites de l'exigence de gravité.

Le risque grave n'est ni un critère suffisant ni un critère nécessaire à la détermination de l'étendue légale de l'obligation d'information. L'information ne doit porter sur les risques graves qu'à la condition qu'ils soient « normalement prévisibles » (I). Il est également ajouté que l'information est étendue aux risques fréquents (II). Or, prévisibilité et fréquence sont deux aspects de la connaissance du risque. La première révèle son apparition, la seconde sa répétition.

I. Les risques normalement prévisibles

C'est sans doute l'usage de la locution « normalement prévisible » qui prête le plus le flanc à la critique. Alors même que la clarté de la loi constitue un principe constitutionnel en France³⁷⁷, le législateur s'approprie une expression précédemment utilisée par les juges dans un sens déterminé. Aussi, de cette utilisation contestable d'un vocabulaire empreint d'une signification précise naît une première interrogation sur l'exclusion du risque grave exceptionnel du champ de l'obligation d'information. C'est ensuite une analyse reposant sur le sens commun de l'expression « risques normalement prévisibles » qui permet d'intégrer la connaissance du risque grave comme critère de l'obligation d'information.

À l'évidence, le manque de clarté de cette disposition législative impose une interprétation à laquelle les juges doivent satisfaire. Sans présager la position du juge administratif, on peut chercher à déterminer la place exacte des risques exceptionnels dans ce nouveau dispositif d'autant que les juges exigent jusqu'à présent qu'ils soient communiqués aux malades. La méthode traditionnelle utilisée par le Conseil d'État dans son interprétation des textes obscurs commande de s'intéresser d'abord au but poursuivi par le législateur.

D'abord, il ressort clairement du dispositif général de la loi, mais également de son intitulé, le souhait de permettre aux patients de participer pleinement aux décisions concernant leur santé. À cet effet, ils doivent être informés au mieux des bénéfices mais également des inconvénients des traitements qui sont proposés afin de décider en toute connaissance de cause. Or, pour atteindre cet objectif, l'information doit porter sur tous les risques graves et

³⁷⁷ CC, 12 janvier 2002, déc. n° 2001-455 DC, JO 2002, p. 1053.

n'en exclure aucun sous peine de priver les malades de leur liberté de choix. L'étude de travaux parlementaires confirme cette analyse. À plusieurs reprises, le législateur français a indiqué le souhait de maintenir la jurisprudence en vigueur et donc d'intégrer dans l'information médicale les risques exceptionnels. En conséquence, l'expression « normalement prévisible » n'a pas été utilisée dans le but de faire échapper, de l'obligation d'information, les risques graves qui ne se réalisent qu'exceptionnellement. Reste alors à étudier le sens commun de l'expression pour en apprécier la portée réelle.

Selon le Doyen Cornu, est prévisible ce que l'on peut normalement prévoir et qui doit être raisonnablement prévu³⁷⁸. À l'inverse, le risque est imprévisible lorsque rien ne permet de l'envisager au regard des circonstances de temps et de lieu. De cette manière, certaines complications médicales sont imprévisibles dans la mesure où, au jour de l'intervention, elles ne pouvaient être suspectées. C'est donc un défaut de connaissance lié à l'incertitude scientifique qui explique l'impossibilité de prévoir. En ce sens, le Conseil d'État français a qualifié « d'imprévisible » un accident opératoire car « à l'époque des faits aucun accident analogue n'était connu »³⁷⁹.

De la même façon, le commissaire du gouvernement Chauvaux oppose aux « risques connus » les risques « totalement imprévisibles, risques infinitésimaux qui n'apparaissent pas dans les statistiques ». Conformément à cette interprétation, le risque normalement prévisible du législateur serait en réalité le risque connu déjà requis par le juge administratif. Or, comme l'imprévisibilité exonère de la responsabilité, elle exonère également de l'obligation d'informer. Cette solution est logique tant il est vrai que l'on ne peut pas évoquer ce que l'on ne connaît pas. On peut cependant regretter que le législateur ait préféré retenir une expression ambiguë à la simplicité de l'adjectif qualificatif « connu ».

L'obscurité terminologique levée, reste à déterminer les contours exacts de la notion de « risque connu ». Il s'agit, pour le commissaire du gouvernement Daël, du « risque répertorié et mesuré dans la littérature médicale »³⁸⁰. Ce sont ainsi les publications médicales qui permettent aux acteurs de soins de prendre connaissance des risques des nouvelles thérapeutiques. Les juges ne manquent pas d'ailleurs d'y faire explicitement référence.

³⁷⁸ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 670.

³⁷⁹ CE, 4 avril 1990, *CHR de Toulouse*, Inédit au recueil Lebon, n° 61132.

³⁸⁰ Concl. Sur CE, ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. CE 193, p. 579 ; voir en ce sens également, Didier Chauvaux, concl. Sur CE, sect., 5 janvier 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Telle*, RFDA 2000, p. 644.

Apparemment facilement « domptable », la connaissance du risque présente cependant une certaine relativité. Le passage du risque inconnu au risque connu connaît un temps intermédiaire marqué par l'incertitude, phase pendant laquelle le risque n'est que suspecté.

Jusqu'à présent les exigences des juges et du législateur coïncident davantage qu'elles ne s'opposent : l'information doit porter sur les risques graves connus. Il en va différemment lorsque la loi impose une information sur les risques fréquents, jusqu'alors rarement adoptés par la jurisprudence.

II. Les risques fréquents

Les juges se contentent de la gravité des risques pour apprécier l'étendue de l'obligation d'information. À partir du moment où les complications d'un traitement sont susceptibles d'engendrer un dommage grave pour la santé du patient, le médecin doit l'en prévenir, et ce qu'elles se réalisent régulièrement ou de façon exceptionnelle. En conséquence, l'information du patient sur les risques bénins échappe à l'exigence des juges. En faisant de la fréquence un critère alternatif à la gravité, le législateur impose désormais une information exhaustive des patients incluant tous les risques éventuels des traitements envisagés. Ainsi, l'obligation d'informer sur les risques fréquents non graves démontre que le risque grave est concurrencé.

En réintroduisant la fréquence des risques comme critère de détermination des frontières de l'obligation d'information médicale, le législateur contrarie la finalité des juges administratif et judiciaire soucieux de ne pas submerger le patient d'un flot intarissable de complications susceptibles de se réaliser. Comme le fait remarquer Didier Chauvaux, « *ce n'est pas d'un tel inventaire sinistre que le patient a besoin pour prendre sa décision* »³⁸¹. Ainsi, ajoute Pierre Sargos, « *l'excès d'informations tue l'information* »³⁸².

Pourtant, un malade informé est un meilleur allié qu'un malade ignorant. De la même façon, une information complète donne son entière signification à la règle de la raison proportionnée qui veut que le médecin doive s'interdire, dans les investigations ou les interventions qu'il pratique, comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au malade un risque injustifié. À l'avenir, le patient, capable de comparer les bienfaits estimés

³⁸¹ Chauvaux Didier, concl. Sur CE, sect., 5 janvier 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Telle*, op. cit. p. 645.

³⁸² Rapport Pierre SARGOS, Cass. civ., 1^{ère}, 14 octobre 1997, JCP 1997, II, 22942.

aux risques encourus, donnera son consentement en toute connaissance de cause. Il n'empêche que, du côté des praticiens, il faut bien avouer que l'étendue de leur devoir d'information augmente au point de se demander s'ils doivent dresser le catalogue complet des effets secondaires des traitements proposés. Le risque connu supplée ainsi le risque grave.

En d'autres termes, en ajoutant la fréquence à côté de la gravité des risques, le législateur n'a-t-il pas *in fine* choisi la connaissance du risque comme critère de sa communication aux patients. Alors que les juges imposent une obligation d'information sur tous les risques graves, la loi imposerait d'informer sur tous les risques connus. C'est donc la connaissance des risques qui délimiterait l'étendue de l'obligation médicale d'information en englobant la gravité et la fréquence.

En outre, si l'on reprend la progression logique de l'expression législative utilisée « risques fréquents ou graves normalement prévisibles », on s'aperçoit que l'exigence de gravité est secondaire. L'information doit porter prioritairement sur tous les risques fréquents et ce, quelles que soient leurs conséquences. S'ils ne sont pas fréquents, et sont donc exceptionnels, ce n'est que si les risques sont graves qu'ils devront faire l'objet d'une information. Le législateur élargit ainsi considérablement le champ des complications à communiquer aux patients. Seuls y échappent désormais les risques exceptionnels aux conséquences bénignes.

Jusqu'à présent, de rares décisions évoquent l'hypothèse d'une information sur les risques fréquents sans préciser un quelconque critère statistique permettant de les identifier³⁸³. La Cour administrative d'appel de Nancy a rejeté le défaut d'information médicale du risque de déficit neurologique au niveau du bras, dû à l'étirement positionnel préparatoire, en raison de son caractère bénin et non fréquent « *un cas sur mille à mille cinq cents* »³⁸⁴. Cette quantification permet de faire le départ entre les risques exceptionnels et les risques non exceptionnels, ces derniers ne pouvant être assimilés à des risques fréquents. Aucune précision ne permet donc, aujourd'hui, d'identifier le risque fréquent. S'il va sans dire qu'il s'agit d'un risque de réalisation non exceptionnel, cela ne nous permet pas de le cerner avec une précision suffisante.

³⁸³ CAA Bordeaux, 30 décembre 2008, *Mme Sylvie*, Inédit au recueil Lebon, n° 07BX02547 ; CAA Marseille, 28 février 2008, *CHU de Montpellier*, Inédit au recueil Lebon, n° 06MA02059.

³⁸⁴ CAA Nancy, 15 octobre 2009, *Mme Jeannine A.*, op. cit., RGDM, 2010, n° 34, p. 332.

Par conséquent, la Haute juridiction administrative devra à terme se pencher sur cette question afin de mieux cerner les contours de l'obligation d'information médicale définie par le législateur dans l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique français et l'article 2 de la loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé.

Au demeurant, la loi Kouchner améliore considérablement la perception médicale des risques en imposant à « tout professionnel ou établissement de santé ayant constaté ou suspecté la survenue d'un accident médical, d'une affection iatrogène, d'une infection nosocomiale ou d'un événement indésirable associé à un produit de santé, d'en faire la déclaration ». En réduisant considérablement le laps de temps qui sépare la réalisation de la connaissance du risque, elle assure l'effectivité de ce dernier critère comme frontière de l'obligation d'informer.

Cette obligation est une condition et un moyen en même temps pour atteindre un objectif au-delà de l'obligation d'information celui du consentement libre et éclairé du patient. Le premier attribut juridique de chaque personne est l'intangibilité de son intégrité corporelle et des principes de sa vie. Il est universellement admis qu'un médecin ne peut imposer ses soins si le malade s'y oppose. Le consentement du malade est donc nécessaire. Où en est-il ?

Section 2. Un consentement libre et éclairé du patient

Le corollaire du droit de savoir est celui du droit de décider. Le pouvoir médical a longtemps conféré au médecin une maîtrise quasi absolue de la « décision médicale » avant que ne soit affirmée la nécessité d'un « consentement libre et éclairé » du patient. Des dispositions sur le consentement existaient déjà dans de nombreux textes de portées différentes. S'agissant de l'expérimentation sur l'homme, le Code de Nuremberg est considéré comme l'ancêtre de toutes les législations sur l'expérimentation biomédicale. Il place le consentement en première position des grands principes à respecter³⁸⁵. Au niveau interne, ce principe est rappelé dans le Code de déontologie médicale, plus comme un devoir du médecin que d'un droit du malade³⁸⁶.

³⁸⁵ AMBROSELLI Claire, *L'éthique médicale*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1988, p. 104.

³⁸⁶ Art 36 du Code de déontologie médicale français et Art 27 alinéa 4 du Code de déontologie médicale libanais.

Aujourd'hui, ce consentement est affirmé et banalisé pour l'ensemble des activités médicales, y compris thérapeutiques, le patient devant être en mesure de donner un consentement libre et éclairé aux actes de soins prodigués. En France, la loi du 4 mars 2002 ne va pas se contenter de renforcer ce droit au consentement libre et éclairé, elle va modifier la signification profonde de la décision médicale à travers l'article L. 111-4 du Code de la santé publique. Elle va passer d'une conception passive d'une décision médicale à une véritable expression de la volonté de la personne malade.

Le consentement devient l'instrument privilégié de l'autonomie de la personne. La loi française confère clairement un pouvoir de proposition au médecin et un pouvoir de décision au malade en prévoyant successivement 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* »³⁸⁷ et que « *le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée de conséquences de son choix* ». La loi précise de même que le malade coopère à la décision médicale, il devient co-auteur puisqu'il prend la décision « avec le professionnel de santé » compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit.

C'est vraiment là une remise en cause du pouvoir médical qui est ainsi établie, le professionnel de santé ne bénéficiant plus que d'un pouvoir de conseil renforcé. Le législateur fait prévaloir impérativement ce principe même lorsqu'il se heurte à des obstacles subjectifs ou objectifs. La possibilité de contraindre un patient à des soins n'est possible que dans les cas expressément prévus par la loi et à de strictes conditions. Par exemple, les patients atteints de troubles mentaux et les patients toxicomanes. Dans tous les cas, il y a prééminence de la décision du patient sur la proposition de décision thérapeutique du médecin : le médecin de respecter la volonté de la personne après avoir tenté de la convaincre du bon choix médical et le patient a le droit de refuser, voire de retirer son consentement à tout moment³⁸⁸.

Pour confirmer l'importance du nouveau concept de la nécessité du consentement préalable du patient, le législateur, en France comme au Liban³⁸⁹, a prévu la possibilité de la désignation d'une personne de confiance pour assurer que tout acte médical soit consenti. La

³⁸⁷ Le législateur libanais était plus conservateur que son homologue français. L'article 6 de la loi du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé ne prévoit pas explicitement la prise de la décision du patient concernant sa santé. Mais il confirme bien évidemment l'interdiction d'accomplir n'importe quel acte médical ou traitement sans le consentement préalable du patient concerné.

³⁸⁸ Voir dans ce sens les articles L. 1111-4 du CSPF et les articles 6 et 7 de la loi libanaise du 11 février 2004.

³⁸⁹ Art. L. 1111-6 du CSPF et l'article 8 de la loi libanaise du 11 février 2004.

mise en place de ce mécanisme en droit libanais permettant à tout patient majeur de désigner une personne de confiance recevant la mission de l'accompagner dans le cadre médical est novatrice. Le mécanisme de la personne de confiance présente des avantages indéniables. Du point de vue du patient, il permet d'avoir l'assurance que les vœux exprimés avant la survenance de la phase d'incapacité seront communiqués au médecin et pris en compte dans la détermination du traitement médical. Du point de vue du médecin, la désignation d'une personne de confiance permet d'avoir face à soi un interlocuteur privilégié *a priori* apte à exprimer des opinions conformes aux intérêts du patient.

Quant au mode de désignation de la personne de confiance, la loi reste floue sur la forme que doit revêtir la désignation ; la seule exigence est que la désignation soit faite par écrit³⁹⁰. Ceci est pour éviter les dissensions entre les membres de l'entourage du patient et faciliter l'intervention des médecins, mais surtout pour montrer que la démarche n'est pas neutre et que le choix doit être clair et sans ambiguïtés³⁹¹. Malgré ce mécanisme, le droit du consentement n'est pas absolu. Le législateur interdit tout acte médical sans le consentement du patient ou de la personne de confiance qu'elle a éventuellement désignée, sa famille ou un de ses proches sauf en cas d'urgence³⁹² ou d'impossibilité³⁹³.

Il est utile aussi de mentionner que le législateur français, ainsi que son homologue libanais, a voulu renforcer l'autonomie médicale des mineurs aux dépens parfois de l'autorité parentale. Il est ainsi prévu que, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure³⁹⁴.

Par contre, la question du consentement du patient soulève d'autres interrogations assez délicates. Le concept du consentement se confond-il avec celui de l'assentiment alors que les deux mots utilisés n'ont pas le même sens juridique ? D'abord, on va essayer d'éclairer cette différenciation de notions qui résument la volonté du patient hospitalisé (§1), avant d'aborder

³⁹⁰ Voir l'alinéa 1 de l'article L. 1111-6 du CSPF et l'article 8 de la loi libanaise du 11 février 2004.

³⁹¹ En pratique, l'établissement hospitalier fournit au malade un formulaire à remplir, le malade se contentant de répondre aux questions posées.

³⁹² Par exemple, lorsqu'il y a danger immédiat pour la vie du patient : les soins sont alors prodigués, le médecin ne peut pas rester inactif, il soigne le patient inconscient.

³⁹³ Par exemple, une personne s'exprimant dans une langue où aucune traduction n'est possible, même si tous les efforts doivent être faits pour pallier la difficulté.

³⁹⁴ Voir l'article L. 1111-5 du CSPF et l'article 9 de la loi libanaise du 11 février 2004.

la problématique du refus de soins par le patient lui même ou par la personne de confiance désignée par ce dernier (§2).

§ 1. La volonté du patient entre consentement et assentiment

La relation unissant le patient à son praticien a subi une réelle mutation sous l'impulsion d'une jurisprudence fluctuante et audacieuse. Les juges de la Cour de Cassation française, du Conseil d'État français ont tenté, par divers montages juridiques, parfois fragiles, de renforcer les droits des patients et les obligations des professionnels de santé. L'évolution de l'appréhension juridique du consentement à l'acte médical illustre parfaitement ce renouvellement relationnel.

Le consentement à l'acte médical est considéré par beaucoup comme un principe juridique acquis mais on ne peut aisément en délivrer la nature juridique. En oscillant entre les notions de consentement et d'assentiment à l'acte médical, la doctrine et la jurisprudence démontrent unanimement le flou persistant sur ce terme d'utilisation pourtant courante. Dès l'arrêt *Mercier* en 1936, le consentement est normalement exigible en tant qu'élément de formation du contrat médical (A). Néanmoins, le fondement contractuel de l'expression de la volonté du patient a été rapidement contredit par la consécration jurisprudentielle d'un consentement à l'acte médical, justification de l'atteinte à l'intégrité du corps humain (B).

A. Le consentement, élément de formation du contrat médical ?

Pour la Cour de Cassation française, en application du droit des obligations, le contrat médical est à l'origine de la nécessité de l'expression d'un consentement du patient³⁹⁵. Cependant, cette origine ne nous convainc pas à cause des raisons suivantes :

En premier lieu, depuis l'arrêt *Mercier*, la relation unissant un professionnel de santé à son patient est qualifiée par les juges de la Cour de Cassation française de contractuelle. Sans préjuger de la pertinence d'un tel lien, la conséquence de cette qualification est majeure dans la reconnaissance de la valeur du consentement à l'acte médical. On ne peut, en effet, ignorer l'application du droit des obligations ayant fait du consentement l'une des quatre conditions de validité d'un contrat. Aussi, à notre avis, ce n'est donc pas le consentement qui a permis la mise en exergue du contrat médical mais la reconnaissance d'un lien contractuel qui implique

³⁹⁵ Cass. civ. 20 mai 1936, *Mercier*, op. cit.

inéluclablement l'exigence de la constatation d'un consentement à l'acte médical. Pour autant, la nature de l'expression de la volonté ne semble pas pouvoir se limiter à un élément de formation et de validité du contrat comme le considère une partie de la doctrine³⁹⁶ dès lors qu'elle obéit à des principes inconnus de la théorie juridique fondamentale telle que sa révocabilité à tout moment³⁹⁷.

En deuxième lieu, les relations de santé ne sont pas exclusives au domaine du droit privé, les juridictions de l'ordre administratif étant compétentes pour régler les litiges entre un établissement public de santé et un patient. Or, force est de constater que l'exigence de l'expression de la volonté du patient est également présente et contrôlée par le juge administratif : « [...] *Considérant, d'autre part, qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'il ait été procédé à l'acte de diagnostic ainsi pratiqué sans le consentement du sieur Carteron...* »³⁹⁸. De surcroît, il est incontestable que la relation entre le patient et l'établissement hospitalier public est une relation statutaire soumise au texte des règlements et des lois. De plus le même Code de déontologie médicale s'applique dans le secteur privé comme dans le secteur public.

En troisième lieu, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ainsi que la loi libanaise du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé permettent aux mineurs et aux majeurs sous tutelle de consentir directement à un acte de soins. L'autonomisation de ces personnes est même valorisée alors qu'ils ne devraient pas avoir la capacité de contracter et de donner leur consentement en application du droit des contrats.

Par conséquent, nous nous contenterons donc de mettre en cause la dérive de la jurisprudence civile dans l'élaboration des concours de la notion du consentement à l'acte médical. Le consentement trouve son fondement au-delà de ce domaine.

³⁹⁶ Doyen Fayez Hage-Chahine intervention sous le titre « L'expression du consentement à l'acte médical » dans un colloque organisé à l'université libanaise le 02 avril 2012 sur « La protection de la personne au regard des conditions de l'acte médical » sous la direction de Mme Dina El Maoula.

³⁹⁷ Article L. 1111-4 du CSPF et les articles 6 et 7 de la loi libanaise du 11 février 2004.

³⁹⁸ CE, 9 janvier 1970, *Sieur Carteron*, Rec. CE, 1970, p. 17.

B. le consentement, justification de l'atteinte à l'intégrité du corps humain ?

En 1951³⁹⁹, les juges de la Cour de Cassation française ont effectué une modification sémantique non négligeable, en rattachant l'expression de la volonté du patient non pas seulement au consentement mais également à l'assentiment à l'acte médical. En corrélation avec l'arrêt *Teyssier*⁴⁰⁰, cette expression nous permet de penser que le « véritable fondement de l'exigence du consentement se trouverait dans un ordre juridique supérieur imposant le respect de la dignité et l'inviolabilité de la personne humaine »⁴⁰¹. Pour autant, les juges continuent de rattacher aussi bien le consentement que l'assentiment indifféremment tant au contrat qu'au principe d'intégrité du corps humain. Cette ambiguïté sémantique traduit aisément l'ambiguïté juridique persistante.

En effet, l'arrêt *Teyssier* lie le consentement au principe de respect du corps humain. Cependant, l'appréciation de cette décision par la doctrine démontre la vision restrictive de l'autonomie de la volonté du patient qui a prédominé jusque dans les années 1990. Effectivement, « le consentement du malade ne vise pas tel acte chirurgical déterminé, mais le consentement est donné pour aboutir, par les moyens que le chirurgien juge les plus opportuns, à la guérison de la maladie, même si celle-ci ne se révèle exactement qu'au cours de l'intervention »⁴⁰². Le consentement était donc analysé comme un « blanc seing » offert au praticien pour une affection ou un symptôme donné.

Ensuite, cette interdépendance de l'exigence du consentement médical et du respect de la personne humaine est confirmée par l'intégration au sein des textes législatifs imposant la primauté de la personne, du respect du principe de dignité et du consentement à l'acte médical. Mais la notion de dignité est aussi floue que la notion de consentement à l'acte médical. L'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*⁴⁰³ et l'évolution de la législation sur

³⁹⁹ Cass. civ., 29 mai 1951, JCP, éd. G., 1951, I, 6421, note H. Debois.

⁴⁰⁰ Cass. req., 28 janvier 1942, *Teyssier*, Gaz. Pal., 1942, 1^{er} semestre, p. 177.

⁴⁰¹ GIRER Marion, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux : Les études hospitalières, 2008, coll. Thèses, p. 189.

⁴⁰² Trib. civ. Lannion, 19 décembre 1932, Gaz. Pal., 1933, 1^{er} semestre, p. 339.

⁴⁰³ CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. CE, 1995, p. 372, concl. Frydman : le Conseil d'État considère qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale, sur le fondement de l'article L. 131-2 du Code des communes, de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public, dont une des composantes est le respect de la dignité de la personne humaine. L'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine. En l'espèce, l'attraction de lancer de nain, qui conduit à utiliser comme projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle, porte atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine ; Il a considéré légal l'arrêté d'interdiction prononcé par l'autorité de police municipale alors même que des mesures de protection ont été

l'euthanasie délivrent une lecture pertinente de ce terme aux multiples facettes. Il jouirait d'une appréciation collective et objective et serait, par conséquent, extérieur à la personne.

L'utilisation non argumentée du mot « assentiment » par les juges de la Cour de Cassation française dès 1951 a renforcé l'ambiguïté entourant la notion de consentement à l'acte médical. Initialement le consentement éclairé aux soins était plutôt considéré comme un assentiment aux soins, notion traduisant l'adhésion du patient aux propositions du médecin, bien différente d'un consentement de nature contractuelle⁴⁰⁴. L'assentiment aux soins n'était d'ailleurs pas donné une fois pour toutes, toute modification nécessaire de traitement impliquant une information et un nouvel assentiment aux soins comme l'indiquait déjà le Code de déontologie médicale. La jurisprudence impose au médecin, découvrant un fait nouveau de nature à remettre en cause le processus prévu ou à imposer une nouvelle intervention, de solliciter un nouvel accord du patient, sauf urgence.

Cette différenciation ne peut être fondée dans la mesure où l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique français et l'article 6 de la loi libanaise du 11 février 2004 s'appliquent de manière indifférenciée au secteur privé et au secteur public. Le consentement ne peut donc pas, comme nous l'avons démontré précédemment, être rattaché au contrat médical. L'inadéquation de cette justification est évidente mais aucune réponse précise ne peut néanmoins être apportée. Le mot consentement reste utilisé par le législateur dans le sens traditionnel de l'assentiment et sans aucune précision notionnelle en la matière. Le flou notionnel demeure persistant, même si, à notre sens, le consentement du patient en tant que tel dans la loi médicale est comme une autorisation à l'acte médical, c'est-à-dire un acte juridique unilatéral, que l'on peut retirer à tout moment.

En parallèle avec ce flou notionnel du consentement du patient à l'acte médical, une question s'impose dans l'hypothèse où le patient refuse les soins proposés. Si la négociation entre le patient et le médecin aboutit à un échec, une seule alternative s'offre alors au corps médical : soit faire primer le principe de bienfaisance et imposer le traitement, fût-ce de force, soit faire primer le principe du respect de l'autonomie et s'abstenir de toute intervention contraire à la volonté réitérée, même si cette dernière position va aboutir à la mort du malade

prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition contre rémunération.

⁴⁰⁴ MÉMETEAU Gérard, *Traité de responsabilité médicale*, LEH, 1996, n° 133.

par son obstination ou par son respect aux principes religieux. Longtemps, la solution à ce dilemme médical n'a pas été tranchée explicitement par la loi bien que des solutions jurisprudentielles aient apporté des éléments de réponse.

§ 2. Le refus de soins par le patient ou son représentant

Ce sont les Codes de déontologie médicale des médecins qui ont traité, avant tout autre dispositif, de la question du refus de soins. En France, un décret du 28 novembre 1955⁴⁰⁵ exprimait, dans son article 29, le paternalisme médical qui était alors dans l'air du temps en imposant au médecin, sous peine de sanctions disciplinaires, de « ... *s'efforcer d'obtenir l'exécution du traitement particulièrement si la vie du malade était en danger* ». Ce décret ne s'intéressait qu'à l'exécution du traitement, qui autorisait certaines pressions, voire manipulations, du médecin dans l'intérêt bien compris du patient, mais il ne faisait nullement référence au consentement. Son successeur, le décret du 28 juin 1979⁴⁰⁶, affirmait, dans son article 7, le principe inverse en s'empressant de le limiter par une formule équivoque : « *La volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible.* »

Le décret du 6 septembre 1995⁴⁰⁷, actuellement en vigueur, lève toute ambiguïté, du moins pour les majeurs, en disposant, dans son article 36, que, « *lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences* ». Ce texte, par sa généralité, s'applique à toutes les hypothèses où une investigation ou un traitement doivent être pratiqués. Il ne réserve pas l'hypothèse particulière de l'urgence vitale mais il ne la vise pas non plus. Il est donc difficile d'en déduire qu'il oblige le médecin, en cas d'urgence vitale, à s'abstenir face à un refus de soins libre et éclairé exprimé par son patient. Si cette disposition réglementaire s'oriente vers une autonomie du patient, elle ne conduit pas nécessairement à reconnaître au patient le droit de refuser des soins au prix de sa mort.

De même, si l'on se penche sur sa jurisprudence antérieure, la juridiction administrative était nuancée quant à la reconnaissance d'un droit au refus de traitement. L'examen du « contentieux disciplinaire » confirme l'embarras du Conseil d'État français face aux lacunes

⁴⁰⁵ Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955, JO du 6 décembre 1955, p. 11856 : qui abroge et remplace le décret n° 47-1169 du 27 juin 1947 portant Code de déontologie médicale.

⁴⁰⁶ Décret n° 79-506 du 28 juin 1979, JO du 30 juin 1979, p. 1568 portant Code de déontologie médicale.

⁴⁰⁷ Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, JO du 8 septembre 1995, p. 13305 portant Code de déontologie médicale.

des règles déontologiques puisque les différents arrêts rendus en ce domaine étaient d'abord partagés. Dans un arrêt du 6 mars 1981⁴⁰⁸, la Haute Assemblée considérait comme non constitutive d'une imprudence grave le comportement du médecin qui, face à une femme atteinte de cancer qui refusait avec persistance de se soumettre à la seule thérapeutique efficace, ne lui avait prescrit en conséquence qu'un traitement palliatif. Mais treize ans plus tard, dans un arrêt du 29 juillet 1994⁴⁰⁹, la même juridiction retenait la faute du médecin pour n'avoir, dans les mêmes circonstances, proposé qu'un traitement palliatif et n'avoir adressé la malade à un cancérologue que lors de la phase terminale.

Au Liban, la question du refus de soins par le patient est plus compliquée parce que les dispositions du Code de déontologie médicale libanais sont intégrées dans un texte législatif qui a force de loi, celle du 22 février 1994⁴¹⁰ relative à la déontologie médicale abrogeant le décret du 11 octobre 1969 portant Code de déontologie médicale. Ce Code de déontologie médicale libanais oblige le médecin à respecter la volonté de son patient s'il refuse le traitement proposé à la limite du danger vital pour le patient. Cette même loi prévoit explicitement, dans son article 27 alinéa 8, le droit des patients, dont les convictions religieuses leur interdisent de recourir aux actes de transfusion sanguine, de refuser tels actes. Dans ce dernier cas, le médecin est obligé de respecter la volonté de son patient, sauf dans le cas de danger immédiat. Dans ce cas ci, le médecin doit, après l'obtention de l'autorisation de l'autorité juridique compétente, se comporter selon sa conscience professionnelle en assumant toute sa responsabilité.

Néanmoins, le législateur libanais a suivi son homologue français en 2004 par la loi relative aux droits des malades et au consentement éclairé. Celle-ci interdit au médecin de procéder à aucun acte médical sans le consentement libre et éclairé du patient, sans prévoir des cas qui lui permettent d'aller au-delà de la volonté de son patient en cas de nécessité médicale ou de pronostic vital. Le juge libanais, à l'occasion d'un cas de manquement du consentement du patient, se trouvera devant deux textes législatifs contradictoires lesquels seront objet de notre discussion postérieurement.

⁴⁰⁸ CE, 6 mars 1981, *M. Pech*, RDSS 1981, p. 413, concl. Labetoulle.

⁴⁰⁹ CE, 29 juillet 1994, *M. Garnier*, RDSS 1995, p. 57, note Louis DUBOUIS.

⁴¹⁰ Loi n° 288 du 22 février 1994 relative à la déontologie médicale, JO libanais du 3 mars 1004, n° 9, p. 239.

En pratique, le problème du refus de soins par les patients est souvent discuté à l'occasion des cas de refus de transfusion sanguine par les Témoins de Jéhovah ou bien des cas de grève de la faim. Scientifiquement, l'hémorragie lors de l'accouchement est la première cause de mortalité maternelle. Le taux de mortalité des femmes Témoins de Jéhovah qui accouchent est quarante fois plus élevé que celui des femmes qui n'appartiennent pas à cette communauté⁴¹¹.

En France, le juge administratif a été, à plusieurs reprises, amené à se prononcer sur l'articulation entre le refus de soins exprimé par le patient et l'obligation de soins imposée au médecin par le Code de déontologie médicale notamment dans l'article R. 4127-9 du CSPF. Le législateur est intervenu en la matière en mars 2002 par la loi Kouchner. L'article L.111-4 du CSPF, dont la rédaction a été modifiée par la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie⁴¹², dispose désormais que « ... *si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier...* ». La mise en œuvre concrète d'un tel droit peut être source d'importantes difficultés, notamment lorsque le refus est invoqué dans un contexte de soins vitaux pouvant conduire au décès du patient si le médecin respecte cette volonté.

L'hypothèse s'était déjà présentée en France sous le régime antérieur, notamment au sujet des Témoins de Jéhovah refusant les transfusions sanguines rendues nécessaires par la dégradation de leur état de santé. Le Conseil d'État affirmait alors en termes de principe que la volonté du patient pouvait être méconnue à la triple condition qu'un acte médical soit indispensable à sa survie, proportionné à son état et que le médecin le réalise avec l'intention de sauver le malade.

Cette solution, méconnaissant la volonté du patient, ayant toutefois été rendue sous l'empire du droit antérieur, la doctrine avait, dans son ensemble, conclu à sa caducité à la

⁴¹¹ Étude scientifique rapportée dans l'avis n° 87 du Comité Consultatif National d'Éthique du 14 avril 2005, *Refus de traitement et autonomie de la personne*.

⁴¹² Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JO du 23 avril 2005, n° 95, p. 7089.

suite de l'adoption de la loi Kouchner⁴¹³. Il n'en est pourtant rien. En effet, par deux décisions postérieures, la jurisprudence administrative a été confirmée.

Si les solutions retenues, par la tentative de conciliation de la volonté du patient et de la présentation de son état de santé, peuvent sembler équilibrées aux plans humain et moral, elles apparaissent à tout le moins discutables d'un point de vue juridique. En effet, elles entraînent une interrogation sur la réelle portée du droit au refus de soins consacré par la loi Kouchner en France et la loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé inspirée de la version française. Pour cette raison, on discutera le dialogue entre le législateur et le juge administratif en matière de la « démocratie sanitaire », un nouveau concept qui a été élaboré par la loi du 4 mars 2002 en France et la loi 11 février 2004 au Liban, dans une logique temporelle. Quelle a été l'opinion du juge administratif avant l'intervention du législateur (A), et puis après de celle-ci (B) ?

A. Les dispositions du refus de soins par le patient avant la « démocratie sanitaire »

La question du refus de soins par le patient antérieurement à l'intervention du législateur en France est évoquée par les deux arrêts de la Cour administrative d'appel de Paris en date du 9 juin 1998⁴¹⁴, dans lesquels le juge administratif statue pour la première fois de façon claire sur la question du refus de soins. La Cour a jugé, à propos d'un refus de transfusion sanguine opposé par des patients aux médecins sur le fondement de leur appartenance aux Témoins de Jéhovah, que l'obligation faite au médecin de respecter la volonté du malade en état de l'exprimer trouve sa limite dans l'obligation qu'il a, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé et donc, en dernier ressort, la vie elle-même. Ainsi l'obligation de soins du médecin prime sur le consentement aux soins du malade lorsque sa vie est en danger.

En l'espèce, l'époux de la requérante, âgé de 44 ans, a été hospitalisé au début du mois de janvier 1991 à La Garenne-Colombes pour une insuffisance rénale aiguë, puis suite à l'aggravation de son état, transféré vingt jours après à l'hôpital Tenon à Paris. Dans une lettre écrite lors de sa première hospitalisation, il a déclaré refuser, en tant que Témoin de Jéhovah, l'administration de produits sanguins, même dans l'hypothèse où elle constituerait le seul moyen de sauver sa vie. Malgré la réitération de ce refus et devant la gravité de l'anémie qu'il

⁴¹³ GRIDEL Jean-Pierre, « *Le refus de soins au risque de la mort* », Gaz. Pal. 2002, n° 3, p. 997.

⁴¹⁴ CAA Paris, 9 juin 1998, *Mme Donyoh et Mme Senanayake*, RFDA 1998, p. 1231, concl. Mireille Heers.

présentait, les médecins qui l'ont soigné en dernier lieu ont quand même pratiqué des transfusions sanguines qui n'ont pas pu empêcher l'issue fatale. L'objet de la requête de sa veuve consiste à demander non pas l'indemnisation de la douleur morale résultant de la perte d'un être cher mais l'indemnisation du préjudice causé à son mari par la décision médicale de le transfuser malgré son opposition. Sans nier ni confirmer l'atteinte aux convictions personnelles du patient, le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Paris ont rejeté cette demande en considérant qu'aucune faute n'avait été commise par les médecins.

Le Conseil d'État, qui décide de régler l'affaire au fond, aboutit à une conclusion identique qui ne mériterait pas de retenir l'attention si elle n'était le fruit d'un raisonnement opposé à celui de la cour d'appel, où il décèle une erreur de droit. Il a remis en cause la construction proposée par les juges de la cour d'appel et sanctionne une erreur de droit qui a « *entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade* »⁴¹⁵. Pourtant, le Conseil d'État a considéré que « *compte tenu de la situation extrême dans laquelle M. Senanayake se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionnée à son état ; que, dans ces conditions, et quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses, ils n'ont pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris* ». ⁴¹⁶

La complexité du raisonnement juridique à mettre en œuvre pour répondre à la question posée dans l'affaire explique les divergences que l'arrêt fait apparaître entre les deux juridictions. En d'autres termes, le respect de la liberté de conscience individuelle doit-il prévaloir sur l'obligation faite au médecin d'essayer de sauver la vie de son patient ? Si une abusive simplification d'une telle question éthique était permise, la portée de l'affaire pourrait

⁴¹⁵ CE, 26 octobre 2001, *Mme Catherine Senanayake*, JCP 2002, éd. G., n°6, II, 10025, comm. Jacques MOREAU.

⁴¹⁶ Pour plus d'information dans ce domaine, le Commissaire du Gouvernement Didier Chauvaux cite dans ses conclusions sur l'affaire *Senanayake* plusieurs jurisprudences étrangères en la matière : Les juridictions américaines ont eu à connaître de la question à plusieurs reprises dès 1964, La Cour suprême du Connecticut dans l'affaire de *Stamford/Vega* a jugé en 1996 que la transfusion contre le gré du patient était illicite ; Au Canada, la Cour d'appel de l'Ontario, adoptant une position radicale, a condamné en 1990 un médecin qui avait effectué une transfusion sanguine sur une personne inconsciente munie d'une carte indiquant qu'elle refusait les transfusions (Affaire *Malette/ Shulman* du 3 mars 1990) ; ainsi au Japon, la Cour suprême a accordé une somme équivalente à 5000\$ aux héritiers d'un témoin de Jéhovah transfusé contre son gré (29 février 2000, *Takeda / Etat*) ; Dans le même sens, l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre dans une affaire jugée en 1992.

se résumer par la constatation que la cour y a répondu par « jamais » et le Conseil d'État par « quelquefois ».

Ici, le Conseil d'État n'impose pas davantage la supériorité de l'obligation de sauver la vie coûte que coûte que celle du principe de laïcité. Il laisse aux médecins le soin de rechercher si une conciliation est possible avec la volonté du patient, dans chaque cas d'espèce, sous réserve du contrôle *a posteriori* du juge sur la question de savoir si le comportement du médecin, qui a fait ce choix en conscience, est constitutif ou non d'une faute, eu égard à la situation du malade. On voit bien qu'un tel pragmatisme dans la qualification de la faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique s'éloigne de la définition traditionnelle de la faute, entendue comme le manquement à une obligation préexistante. Un tel manquement peut bien être relevé en l'espèce, mais il ne suffit plus en lui-même à constituer la faute. Le comportement incriminé doit aussi être disproportionné par rapport au but recherché.

Au surplus, une décision du Tribunal des conflits vient conforter ce droit reconnu aux médecins de tenter de sauver la vie d'un patient contre son gré par un acte proportionné et adapté à son cas particulier. En effet, la juridiction régulatrice des compétences a érigé l'indépendance professionnelle du médecin dans l'exercice de son art en principe général du droit, ce qui permet au malade, selon les conclusions qu'elle a elle-même tirées de cette prise de position, de rechercher la responsabilité du praticien sur le terrain délictuel, lorsqu'il aura commis une faute, indépendamment de la responsabilité contractuelle encourue par l'établissement privé de soins⁴¹⁷. Si donc le principe d'indépendance postule la responsabilité personnelle, à notre sens, il suppose une liberté de choix, une marge d'appréciation du médecin, lequel ne peut se voir entièrement dicter sa conduite par un patient, fût-il mû par des convictions religieuses ou philosophiques respectables, surtout lorsque le pronostic vital est en jeu et que le risque de dommages graves est avéré.

Pour autant, comme il est vraisemblable, que le fait de ne pas transfuser M. Senanayake ait effectivement pu constituer une infraction pénale, il n'était pas possible de tenir pour fautif le refus de commettre cette infraction. Nous soulignons que l'arrêt du Conseil d'État ne donne pas la moindre réponse aux interrogations tant des médecins que des juristes dans le cas où

⁴¹⁷ TC, 14 février 2000, *Ratinet*, RFDA 2000, p. 1232, note Dominique Pouyaud.

ceux-ci suivent la volonté exprimée par leurs patients et les laissent mourir. Cette attitude eût-elle été fautive ? Rien ne s'apposait donc à ce que le juge considère dans ce cas que le médecin avait, sur le principe, eu raison d'agir comme il l'avait fait. Raison de plus pour s'interroger sur les raisons qui ont poussé le Conseil à tout faire pour ne précisément pas donner l'impression de trancher dans le vif ce conflit des valeurs, et préférer les apparences d'une solution de compromis aux allures relativistes.

Tout, dans cet arrêt, se passe comme si le Conseil d'État avait voulu ne pas faire mine de savoir régler une question de société trop massive pour légitimement ressortir à l'office du seul juge, fût-ce sous couvert d'interprétation de lois ou de principes antérieurs. Selon toute évidence, l'ambition de cet arrêt était de renvoyer au législateur une balle avec laquelle le Conseil d'État ne voulait absolument pas jouer. Son objectif était de sommer le législateur de prendre ses responsabilités en prenant l'initiative de dire de façon générale si, oui ou non, l'on décide de permettre à un patient d'exiger qu'on le laisse mourir. Selon toute vraisemblance, la décision médicale de laisser mourir quelqu'un que l'on pense et souhaite pouvoir sauver serait d'autant mieux acceptable qu'elle reposerait sur une autorisation explicite de la loi. À notre avis, du point de vue juridique, cela revient clairement à autoriser l'euthanasie passive ou à créer une protection contre soi-même, dont le médecin serait dépositaire. Mais si le législateur a entendu le message, la réponse législative n'a pas eu l'accueil jurisprudentiel qu'elle méritait.

B. Les dispositions du refus de soins par le patient après la « démocratie sanitaire »

En France, c'est la loi du 4 mars 2002 qui allait introduire de nouvelles dispositions dans le Code de la santé publique, à travers l'article L. 1111-4 qui dispose alors que « *le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ces choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* »⁴¹⁸. Procéder à une application littérale de ce texte conduit à considérer qu'il confère

⁴¹⁸ Article modifié et confirmé par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie pour devenir « [...] *Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. [...] Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la*

au patient, en état de s'exprimer et dûment éclairé, un droit de s'opposer aux soins au risque de sa vie.

Mais à y réfléchir davantage, il est possible d'émettre des réserves sur la formulation même de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique français qui aurait pu être plus explicite sur la conduite du médecin. La loi n'est pas particulièrement précise quant à l'orientation positive ou négative de la conduite du médecin⁴¹⁹. Ainsi que, cette autonomie du patient, dont le consentement constitue une condition préalable à toute intervention, reste théorique, elle ne parvient pas à obtenir une reconnaissance pratique. Dans les conditions posées par la loi, il était permis de penser que la position du Conseil d'État français, auparavant favorable au médecin, devait évoluer pour conférer à la nouvelle réforme sa pleine et juste mesure. Manifestement, tel n'est pas le cas.

Il peut être surprenant de faire état de dispositions législatives lacunaires alors même que, de prime abord, les textes semblent fournir des éléments de réponse à la question du refus des transfusions sanguines. Eu égard aux médecins en premier lieu, au-delà du Serment d'Hippocrate qui a surtout valeur symbolique, le Code de déontologie médicale français envisage la question de manière indirecte au titre des règles sur le consentement. Au Liban, l'alinéa 8 de l'article 27 de la loi relative à la déontologie médicale dispose que le médecin doit intervenir pour sauver la vie du patient que ses convictions religieuses interdisent de recourir à une transfusion sanguine.

Par ailleurs, le Code de déontologie médicale français prévoit dans son article 36 que lorsque le malade est en état d'exprimer sa volonté et qu'il refuse les investigations ou le traitement proposé, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. Cependant, ce même Code dans son article 2 entretient une certaine part de confusion puisqu'il prévoit au titre des devoirs généraux de la profession que le médecin « *exerce sa mission dans le respect de la vie humaine* ». Or, en respectant scrupuleusement la volonté d'un Témoin de Jéhovah qui se trouve délibérément en danger immédiat de mort

qualité de sa fin de vie [...] 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. [...] »

⁴¹⁹ Il est utile de dire que le texte homologue adopté au Liban par la loi du 11 février 2004, dans l'article 7, est plus flexible par son contenu et puis par son interprétation. Ce qui permet plus au juge libanais d'accepter l'intervention du médecin contre le gré de son patient dans le cas où son pronostic vital est engagé. Par exemple, le texte libanais ne fait pas état du cas où le refus du malade met sa vie en danger.

parce qu'il refuse toute perfusion sanguine salvatrice, le médecin agit à l'évidence au mépris du respect de la vie humaine.

De son côté, le Conseil d'État français s'est prononcé pour la première fois après l'entrée en vigueur de la loi par une ordonnance de référé rendue le 16 août 2002⁴²⁰. Le débat n'est pas nouveau, il divise depuis fort longtemps juristes, médecins et philosophes. Les faits n'étaient pas sensiblement différents de ceux dont ont déjà pu être saisis les tribunaux, « *Dame Feuillatey, Témoin de Jéhovah, hospitalisée, dans un centre hospitalier, fit savoir par écrit qu'elle refusait l'administration de tout produit sanguin mais les médecins, pour sauver la vie de la patiente, dont l'état présentait un risque vital, pratiquèrent une transfusion sanguine. La requérante saisit alors le juge des référés du tribunal administratif de Lyon lui demandant d'enjoindre au Centre hospitalier de ne procéder à aucune transfusion sanguine sur sa personne.* » Le juge accédait à cette demande mais assortissait son injonction d'une réserve aux termes de laquelle les médecins pouvaient quand même transfuser au cas où la patiente « *viendrait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital* ».

Saisi en appel, le juge des référés du Conseil d'État valide pour l'essentiel l'ordonnance du premier juge tout en précisant qu'il incombe néanmoins aux médecins « *de tout mettre en œuvre pour convaincre la patiente d'accepter les soins indispensables* » et « *de s'assurer que le recours à une transfusion sanguine soit un acte indispensable à la survie de l'intéressée et proportionnel à son état* ». Le juge des référés du Conseil d'État français estime en premier lieu que le droit pour un patient d'exprimer son consentement à l'acte médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale. Il considère en second lieu que les médecins n'ont pas commis d'atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté en imposant un acte indispensable à la survie du patient. Il faut avouer en la matière que le juge n'a pas été très prolix sur les raisons qui justifiaient son choix, et c'est là sans doute l'un des principaux griefs à faire à cette décision.

Parallèlement, le tribunal administratif de Lille a rendu une ordonnance dans une affaire similaire, le 25 août 2002⁴²¹, qui applique aussi, implicitement, la limite déjà posée par le Conseil d'État. Si le juge des référés ne pose aucune réserve à l'injonction faite à l'hôpital de

⁴²⁰ Ordonnance du juge des référés administratif, 16 août 2002, *Mme Valérie Feuillatey et Mme Isabelle Feuillatey/ CHU de Saint-Étienne*, AJDA 2002, p. 723.

⁴²¹ TA Lille, Ordonnance, 25 août 2002, *Époux G.*, JCP 2003, éd. G., II, 10098, note Lucile LAMBERT-GARREL et autres.

cesser toute transfusion sanguine, il prend soin de préciser que l'hôpital n'a pas justifié son refus de respecter la volonté de la patiente par l'existence d'un « *danger immédiat pour la vie* ». *A contrario*, le juge aurait donc sans doute accepté l'atteinte à la volonté de la patiente.

Cette position jurisprudentielle est contestable parce que la consécration normative du respect de la volonté du patient diffuse et parcellaire allait recevoir un aboutissement, grâce aux dispositions de la loi Kouchner, laquelle affirme que le médecin doit respecter la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Une partie de la doctrine française considère que la loi réserve la possibilité de surmonter un refus de traitement lorsque celui-ci concerne un mineur ou un majeur protégé et qu'il émane du tuteur ou du titulaire de l'autorité parentale⁴²². Donc, *a contrario*, le silence du législateur pour le refus opposé par un majeur capable signifie nécessairement que l'opposition au traitement du patient lie le médecin⁴²³.

Si ce raisonnement au plan purement juridique peut être probant, à notre sens, la question du refus de soins par le patient a toujours un double aspect juridique et éthique. S'il appartient aux juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire de fixer définitivement la question en rendant des arrêts de principe, on peut néanmoins formuler quelques observations qui justifient, à notre sens, la position adoptée dans l'affaire rapportée.

D'abord, il est certain qu'aucune liberté, même celle de consentir à tout acte médical, ne saurait présenter un caractère absolu. Les restrictions existent déjà de longue date, au nom de la santé publique ou de celle d'autrui. Il est possible de surmonter le refus du malade de se soigner : si certaines dispositions sont désormais obsolètes (lutte contre les maladies vénériennes), d'autres ont été maintenues quoique modifiées (règles relatives à l'hospitalisation d'office des malades mentaux⁴²⁴ ou du traitement des alcooliques et

⁴²² Art. L. 111-4 alinéa 5 du CSPF et l'article 9 alinéa 3 de la loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé.

⁴²³ ROMAN Diane, « *Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ?* », RDSS 2005, n° 3, p. 423.

⁴²⁴ Il est nécessaire de dire que le Conseil constitutionnel français a rendu une décision, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, considérant qu'en matière de mesures privatives de liberté en effet, « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* ». Les dispositions législatives contestées apparaissent donc directement attentatoires à un tel principe, non pas seulement en termes de délai, point sur lequel le Conseil d'État d'ailleurs prêt à transiger lorsqu'il évoque que « *les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai* », mais aussi en termes de principe, puisque l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze

toxicomanes dangereux). Ainsi en va-t-il des différentes vaccinations dont certaines catégories professionnelles sont obligées, le défaut de vaccination pouvant être assorti de conséquences juridiques. Saisie par des requérants s'opposant à de telles vaccinations, la CEDH a considéré que cette ingérence dans le droit au respect de la vie privée était proportionnée au but de santé publique poursuivi⁴²⁵. Pourquoi des restrictions ne pourraient-elles pas intervenir lorsque c'est la vie qui est en jeu ?

Ensuite, sur le plan éthique et déontologique, il paraît difficile d'imposer au médecin le respect intégral de la volonté du patient même dans les cas extrêmes. Cela aboutirait à exposer les praticiens au risque d'affronter la situation psychologiquement peu confortable résultant soit de la restriction des soins aux seuls soins palliatifs, soit du retrait du médecin dans des conditions respectant la continuité des soins.

Enfin, on ne saurait nier que derrière cette question du respect absolu de la volonté du malade, se dissimulent d'autres interrogations sans doute encore plus délicates à résoudre : celle de l'acharnement thérapeutique, du suicide médicalement assisté voire de l'euthanasie passive. En acceptant de ne pas intervenir tout en sachant que seule une transfusion sanguine est capable de sauver la vie d'un malade, le médecin ne participe-t-il pas, dans une certaine mesure, à un acte de nature à mettre fin à la vie humaine ? Reste que dans l'affaire jugée par le tribunal administratif de Lille, une jeune femme de 24 ans, Témoin de Jéhovah, transfusée contre son gré à la suite d'une hémorragie consécutive à un accouchement a vu sa vie sauvée. Le nouveau né connaîtra donc la joie d'être élevé par sa mère. N'est-ce pas là l'essentiel ?

jours sans une quelconque intervention du juge judiciaire. En tirant toutes les conséquences, le Conseil constitutionnel saisit alors l'occasion notable de censurer le seul cas en France où une personne peut se trouver privée de sa liberté sur une simple décision administrative, sans intervention de l'autorité judiciaire, et en contradiction avec des principes établis de longue date dans sa jurisprudence. Car dans le sillage de l'article 66 de la Constitution française « *la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946* ». Par extension, il avait logiquement estimé que la compétence du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle, trouve directement à s'exercer en cas de privation de liberté dans le cadre d'une garde à vue, ce qui l'avait conduit à valider la disposition qui confiait au président du tribunal la possibilité de prolonger une telle mesure au-delà de quarante-huit heures pour certaines infractions aggravées, « *l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, [étant] nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution* » (CC, déc. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC). En reprenant le même type de raisonnement pour ce qui est de l'hospitalisation sous contrainte, le Conseil constitutionnel montre sa volonté d'appréhender l'ensemble des mesures privatives de liberté sur un mode similaire, même s'il prend soin de mentionner les spécificités de la matière psychiatrique et les finalités thérapeutiques de l'enfermement.

⁴²⁵ CEDH, 15 janvier 1998, *Boffa / Saint Marin*, n° 26536/95, cité par Diane Roman in RDSS 2005, n° 3, P. 423.

La position du Conseil d'État français ne saurait surprendre car lorsque les dispositions législatives sont impuissantes à trancher clairement une question, il est de l'office du juge d'interpréter les textes au demeurant d'une manière qui peut être qualifiée de salutaire. Le législateur, en France comme au Liban, est invité à engager un véritable débat éthique et juridique au sein du parlement par les commissions parlementaires compétentes afin que des dispositions très claires soient adoptées sur la question précise des refus de soins engageant la vie de l'intéressé et résoudre le problème des textes législatifs contradictoires.

Conclusion

Pour conclure, il est important de dire que l'autonomie du patient en décidant pour sa santé entraîne corrélativement de nouvelles responsabilités pour le patient maintenant bien informé et un allègement de la responsabilité du médecin. Le chapitre II de la loi Kouchner, incluant les dispositions relatives à l'information et à l'expression de la volonté des patients, dont la loi libanaise du 11 février 2004 est une traduction de celui-ci, mentionne également, contrairement à la loi libanaise, des « responsabilités » pour les usagers. L'article L. 1111-1 du Code de la santé publique français reconnaît des droits aux usagers qui s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose. Dans ce sens, un arrêt de la cour d'appel de Dijon⁴²⁶ confirmé par la Cour de cassation française⁴²⁷ a estimé qu'un patient ne peut reprocher au médecin l'adoption d'une technique qu'il a choisie après information.

Nous constatons, une déficience au niveau de l'étendue de l'obligation d'information qui reste encore délimité, conséquence de l'abandon par le législateur français et libanais de toute définition précise de la substance juridique de celle-ci. Une telle relativité sémantique contrarie l'un des objectifs de la loi du 4 mars 2002 qui est de diminuer le contentieux de la responsabilité médicale. En empêchant les acteurs de soins de maîtriser pleinement l'étendue de leurs obligations, la loi contribue involontairement à alimenter le contentieux. N'y a-t-il pas un danger véritable à introduire la méfiance dans les rapports entre le malade et le médecin ?

⁴²⁶ CA Dijon, 25 janvier 2000, *SARL Clinique de Val Fleuri et autres / Mlle Benmedjahed*, JCP 2000, éd. G., IV 2631 : La patiente en cause, à qui l'opportunité de la mise en place d'un cathétérisme central pour une cure de chimiothérapie avait été proposée, alors qu'il s'agissait d'une technique peu courante à l'époque qui n'était pas mise en œuvre de façon systématique même en milieu hospitalier, l'avait refusée en raison des risques liés à l'anesthésie générale. Elle avait été traitée par perfusion et avait subi une extravasation cutanée au cours de l'une de ses cures de chimiothérapie, suivie d'une interruption immédiate de la perfusion avec changement de place du cathéter. Dans la mesure où la patiente reconnaît que le choix entre les traitements lui a été offert et qu'elle l'a refusé, elle ne peut soutenir qu'on ne lui avait présenté que l'aspect négatif de la technique proposée initialement, sans lui faire valoir ses avantages, et notamment celui d'éviter l'accident qui s'est produit. Il s'ensuit que l'extravasation, due à la porosité des veines de la patiente fréquemment sollicitées, constituait un aléa thérapeutique auquel la patiente informée a accepté de se soumettre en refusant l'implantation d'un site central.

⁴²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, n° 01-11521, non publié au Bulletin.

À cet égard, si l'article L. 1111-9 du Code de la santé publique français précise qu'un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du chapitre concernant « l'information des usagers du système de santé », le décret n° 2002-637 du 29 avril 2002 ne contient aucune précision relative au champ de cette obligation. On peut alors regretter, consécutivement à une intervention législative, qu'il revienne aux juges de clarifier le contenu exact de l'information médicale. Au surplus, ce phénomène ne touche pas uniquement cette question. Que penser, en effet, de l'affirmation selon laquelle le médecin doit respecter la volonté de la personne qui peut refuser les soins alors que la pratique a montré qu'il se doit d'intervenir si le pronostic vital du patient est en jeu.

Parce que la question de la preuve en contentieux médical est très importante, elle mérite une conclusion. D'une façon générale, lors d'un procès, la preuve incombe au demandeur : *actori incumbit probatio*, selon l'adage latin. En France, la loi prévoit dans l'article L. 1111-1 avant dernier alinéa que la preuve de l'information médicale pèse sur l'établissement de santé ou le professionnel de santé. Au Liban, la loi relative aux droits des malades et au consentement éclairé ne donne pas le moindre indice concernant la question de la preuve de l'exécution par le médecin de son obligation d'informer le patient ni les modalités de la preuve.

En la matière, le législateur français n'a fait qu'entériner une évolution jurisprudentielle, tant judiciaire⁴²⁸ qu'administrative⁴²⁹. Aussi, la preuve de l'information médicale peut être apportée « par tout moyen »⁴³⁰. La jurisprudence administrative, pour sa part, était moins claire, même si le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions sous l'arrêt du 5 janvier 2000, avait pu écrire que « la preuve pourra être apportée par tout moyen et non pas nécessairement par la production d'un écrit ». Sans doute faut-il s'attendre à des évolutions du droit de la preuve de l'information médicale, même si l'écrit reste la reine des preuves.

À côté de la question de la preuve, le législateur, en France comme au Liban, n'a pas traité les conséquences du manquement à l'obligation d'information et au consentement éclairé.

⁴²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Hédreul / Cousin et autre*, JCP 1997, éd. G., I, 4025.

⁴²⁹ CE, 05 janvier 2000, *Époux Telle*, op. cit. ; CE, ass., 19 mai 2004, *CRAM d'Ile-de-France et CPAM du Val-de-Marne / Truszkowski*, Rec. CE, 2004, p. 228 : le Commissaire du gouvernement, Didier Chauvaux, qui, dans ses conclusions, soutenait que « l'information du patient est une formalité incombant aux praticiens qui doivent pouvoir justifier qu'ils s'en sont acquittés, alors que l'intéressé n'est pas en mesure d'apporter la preuve contraire ».

⁴³⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 14 octobre 1997, Bull. civ., n° 374.

Cette question est restée soumise à l'appréciation du juge dans les deux ordres juridictionnels. Récemment, le juge unique de Beyrouth a estimé que le médecin qui n'a pas informé son patient des risques du traitement exécuté a commis une faute professionnelle qui engage sa responsabilité sans préciser la nature juridique du préjudice subi⁴³¹, contrairement à la juridiction judiciaire française qui est allé vers une autonomie totale de l'obligation d'information par rapport au contrat médical⁴³².

Cette autonomie se poursuit par la consécration d'un préjudice autonome consécutif à la violation du droit à l'information et justifiant une sanction. Celui-ci ne s'attache plus à l'existence ou non d'une perte de chance et ne se réfère plus aux différents critères ou modalités d'une telle perte de chance. Désormais, la seule violation du droit à l'information, le seul fait de taire un renseignement portant notamment sur un risque inhérent à l'opération, ouvrent la voie à une réparation sans doute systématique du préjudice subi⁴³³. C'est évidemment le préjudice consécutif à la violation du droit qui est réparé et non le préjudice corporel consécutif à l'intervention. L'information devient alors un droit de la personnalité qui repose sur le principe constitutionnel du respect de la dignité de la personne et de son intégrité corporelle.

Avec une indemnisation fondée sur la seule méconnaissance du droit à l'information par le médecin, dans le but de réparer le préjudice moral ainsi subi, nul besoin de s'interroger sur le caractère nécessaire ou inéluctable de l'acte médical. Il s'agit incontestablement d'une solution favorable au patient, qui n'aura plus à faire la preuve qu'il aurait changé d'avis si l'information lui avait été communiquée. En toute hypothèse, le préjudice « éthique » résultant de la seule violation du droit à l'information devient, dans la jurisprudence judiciaire française, indemnisable, tout en maintenant les exigences de faute, de préjudice et le lien de causalité, exigences dont la preuve sera grandement facilitée.

Cette divergence des solutions entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative qui ne décide encore d'indemniser que sur le fondement de la perte de chance de se soustraire à un risque qui s'est réalisé est une bonne illustration de l'échec du législateur à maintenir une convergence complète entre les deux ordres juridictionnels.

⁴³¹ Juge civil unique Beyrouth, 28 février 2007, *Le juge George Tayea / Docteur F. H.*, Revue Al-Adl, 2007, n° 4, p. 1854.

⁴³² Cass. civ. 1^{ère}, 03 juin 2010, JCP 2010, éd. G., 788, obs. S. Porchy-Simon.

⁴³³ *Ibidem*.

Reste la question de l'évaluation du préjudice moral subi : comment chiffrer le montant de l'indemnisation ? La difficulté n'est pas nouvelle et surgit dès lors qu'il s'agit de réparer un préjudice moral, quelle qu'en soit l'origine. Une telle difficulté ne doit cependant pas faire obstacle à la possibilité de sanctionner l'atteinte indiscutable au droit à l'information que la loi consacre au nom du respect fondamental de la dignité de la personne humaine.

Chapitre II

Un équilibre basé sur un pragmatisme bénéfique

En observant l'évolution des notions du service public, force est de constater que l'institution de la responsabilité hospitalière, notamment en France, a connu des évolutions majeures en quantité et en qualité. Le juge ne s'arrête pas à une problématique d'équité sans innover en matière de responsabilité hospitalière. Pour cette raison, l'itinéraire de l'évolution de la jurisprudence est riche dans son pragmatisme lequel a permis au juge de faire face aux difficultés de la science de la médecine et ses mutations. Ce pragmatisme n'est pas circonscrit seulement au secteur des médecins. Il inclut aussi les auxiliaires médicaux (Section 1). En outre, un tel pragmatisme du domaine de la responsabilité hospitalière est illustré aussi par l'adoption de la responsabilité solidaire de plusieurs personnes publiques intervenant dans l'acte médical (Section 2).

Section 1. Les fautes des auxiliaires médicaux

Les auxiliaires médicaux participent à côté des médecins à l'exécution du service public hospitalier. Pour cette raison, les auxiliaires médicaux à l'hôpital public sont des agents publics soumis aux règles du droit de la responsabilité administrative. Leurs fautes engagent la responsabilité de l'établissement public de santé dans lequel ils exécutent leurs missions. Ces fautes peuvent avoir des formes diverses. D'abord les fautes peuvent présenter un caractère médical issu de la nature médicale de l'acte à l'occasion duquel la faute est commise (§1), ensuite les fautes peuvent se manifester dans la gestion et le fonctionnement du service public hospitalier (§2).

§1. Des fautes à caractère médical

En principe, les auxiliaires médicaux accomplissent à l'hôpital les actes de soins prescrits par les médecins⁴³⁴. Mais un auxiliaire médical peut aussi participer à un service qui se rattache au service hospitalier, celui du service d'aide médicale d'urgence. En France, le

⁴³⁴ Un auxiliaire médical peut participer à l'exécution d'un acte médical à condition de rester sous ma surveillance d'un médecin.

SAMU est un service public soumis aux règles du droit public et qui fonctionne en parallèle avec le service public hospitalier. Ce service en tant que tel n'existe pas au Liban. Ainsi que, le travail des équipes de la sécurité civile et du secours des pompiers est rattaché à la police administrative.

Ce service d'aide médicale d'urgence a vu plusieurs évolutions concernant la nature de la faute qui engage la responsabilité du service public envers ses usagers ainsi que le statut juridique des personnes privées, physiques ou morales, associées à l'exécution du service d'aide médicale d'urgence (A). Au-delà du service d'urgence, les auxiliaires médicaux souvent commettent des fautes pendant qu'ils exécutent des actes de soin considérés comme des actes courants et bénins. Le juge administratif français, connu par sa créativité, a introduit la notion de faute présumée pour engager la responsabilité du service hospitalier (B).

A. La faute dans le service de l'urgence médicale

Parce que les conditions de l'exécution du service public d'urgence médicale sont différentes, le traitement de la question du fondement de la responsabilité nécessite une étude spécifique. Souvent les agents du service d'urgence interviennent dans des conditions difficiles. Pour cette raison, les dispositifs de la responsabilité administrative du service de l'urgence sont différents de ceux du service public hospitalier en général. Cette question soulève deux interrogations juridiques, la première celle du fondement de la responsabilité (I), la deuxième celle du statut juridique des personnes privées collaborant au service (II).

I. Fondement de la responsabilité du service de l'urgence

La notion de faute qualifiée est apparue avec la jurisprudence qui se développa à la suite du célèbre arrêt *Tomaso Grecco*⁴³⁵, à l'occasion duquel le Conseil d'État abandonna le principe de l'irresponsabilité de l'État pour les activités de police⁴³⁶. De plus, l'exigence d'une faute qualifiée pour engager la responsabilité de la puissance publique dans certains domaines trouve incontestablement son fondement théorique dans l'affirmation de l'arrêt *Blanco*⁴³⁷, selon laquelle la responsabilité des personnes publiques « *n'est ni générale ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* ».

⁴³⁵ CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, Rec. CE, 1905, p. 139.

⁴³⁶ CE, 23 juin 1882, *Larbaud*, Rec. CE, 1882, p. 604, concl. Le Vavas seur de Précourt.

⁴³⁷ TC, 8 février 1873, *Blanco*, op. cit.

Contrairement à ce qui prévaut en droit civil, où toute faute engage la responsabilité de son auteur, tout comportement fautif d'un service de l'État n'engage pas nécessairement la responsabilité de ce dernier. Dans certains domaines de l'activité de la puissance publique, définis par la loi ou par la jurisprudence, la responsabilité de l'État n'est engagée qu'en cas de faute qualifiée, c'est-à-dire d'une faute présentant un degré particulier de gravité ou d'évidence. Il faut, en quelque sorte, que le comportement en cause soit insusceptible de se rattacher au fonctionnement normal du service.

Au-delà de ce fondement théorique, qui remonte à l'origine du droit public en France comme au Liban, plusieurs justifications ont tour à tour été mises en avant pour justifier l'existence d'un régime de faute qualifiée. Ces justifications varient à la fois suivant les auteurs et suivant les domaines concernés, ce qui illustre le caractère hétérogène de la notion de faute qualifiée. Il est toutefois possible d'isoler trois grands terrains sur lesquels la notion de faute qualifiée s'est développée par prédilection.

Le premier, l'exigence de la faute qualifiée s'est imposée pour les activités de l'État que l'on qualifie de régaliennes et qui sont en fait les activités de puissance publique.

Le deuxième concerne un terrain qui a vu le développement de faute lourde, proche de notre thème traité, celui des activités qui se caractérisent par sa technicité. Le recours à la faute lourde dans des tels domaines s'expliquait par le souci du juge administratif de ne pas s'immiscer dans des domaines très techniques exigeant une compétence tout à fait particulière. C'était essentiellement le cas en matière médicale, domaine longtemps caractérisé par l'exigence de la faute lourde⁴³⁸, jusqu'à son abandon en 1992⁴³⁹. Il semblait en effet difficile au juge administratif de venir préciser ce qui, dans l'exécution d'un acte médical, avait pu être fautif ou non ; il se bornait alors à sanctionner l'erreur manifeste, celle qui ne faisait aucun doute, en la qualifiant de faute lourde.

Le dernier domaine est celui des activités présentant une difficulté particulière ce qui concerne exactement le présent sujet. L'exigence d'une faute spéciale dans ces matières est justifiée par la volonté du juge d'accorder à l'administration, lorsque son action s'exerce dans

⁴³⁸ CE, Sect., 8 novembre 1935, *Dame Vion et Dame Philipponeau*, Rec. CE, 1935, p. 1019 et 1020.

⁴³⁹ CE, ass., 10 avril 1992, *Époux Vergos*, op. cit.

des conditions particulièrement difficiles, « une sorte de franchise de responsabilité », pour reprendre l'expression utilisée par Jacques-Henri Stahl dans ses conclusions sur l'arrêt *Theux*⁴⁴⁰. En effet, lorsque les services de l'État doivent conduire des opérations délicates, comme le maintien de l'ordre ou doivent agir dans l'urgence dans des circonstances souvent hostiles, le juge administratif a longtemps voulu éviter qu'un régime de responsabilité trop généreusement ouvert n'en vienne à paralyser l'action des services de l'État, en faisant de la moindre défaillance voire de la moindre hésitation une faute ouvrant droit à réparation.

Cette préoccupation ancienne fut particulièrement puissante dans l'exigence d'une faute qualifiée pour les activités matérielles de police et pour les activités de secours, comme le sauvetage en mer. Traditionnellement, les services d'aide médicale urgente étaient soumis au régime de responsabilité pour faute lourde⁴⁴¹.

Toutefois, à partir des années 90, un mouvement de recul de la faute lourde s'est dessiné. Dans un premier temps, ce mouvement s'est borné à tirer toutes les conséquences du principe suivant lequel, en matière de police, la faute lourde n'est exigée qu'en cas de difficulté particulière. La faute lourde a ainsi été abandonnée s'agissant des mesures de sécurité prises pour protéger les spectateurs d'un feu d'artifice⁴⁴², puis des mesures prises pour assurer la sécurité sur les plages⁴⁴³ et en montagne⁴⁴⁴.

Au cours des années 90, les arrêts les plus importants qui nous concernent sont au nombre de deux : l'arrêt *Theux*⁴⁴⁵ du 20 juin 1997 confirmé par l'arrêt *Améon*⁴⁴⁶ du 13 mars 1998. Le Conseil d'État a jugé que la responsabilité de l'État à l'occasion de l'activité du secours médical d'urgence était engagée sur le terrain de la faute simple. La jurisprudence n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer explicitement sur le cas du secours médical d'urgence, mais, compte tenu de l'exigence de faute lourde pour la lutte contre l'incendie, la lutte contre l'inondation, la transposition de cette jurisprudence au SAMU qu'avait opérée la cour administrative d'appel était logique. En censurant la cour administrative d'appel, la section du

⁴⁴⁰ CE, Sect. 20 juin 1997, *M. Theux*, RFDA 1998, p. 82, concl. Stahl.

⁴⁴¹ CE, sect., 29 février, 1952, *Société la « Séquanaise »*, *Incendie, accidents et risques divers*, Rec. CE, 1952, p. 145 ; CE, 18 novembre 1994, *Époux Sauvi*, Rec. CE, 1994, p. 503.

⁴⁴² CE, 30 mars 1979, *Moisan*, Rec. CE, 1979, p. 143.

⁴⁴³ CE, Sect., 13 mai 1983, *Mme Lefebvre*, Rec. CE, 1983, p. 194.

⁴⁴⁴ CE, Sect. 12 décembre 1986, *Rebora*, Concl. Bonichot, AJDA 1987, p. 354.

⁴⁴⁵ CE, Sect. 20 juin 1997, *M. Theux*, op. cit.

⁴⁴⁶ CE, Sect., 13 mars 1998, *M. Améon et autres*, AJDA, 1998, p. 461.

contentieux du Conseil d'État a, du même coup, abandonné l'exigence de la faute lourde en matière de transport médical d'urgence.

Afin de bien cerner la question, il faut rappeler précisément l'objet de l'affaire. La responsabilité du centre hospitalier de Toulouse est recherchée à raison de l'action de son service d'aide médicale urgente lors du transport sanitaire entre le terrain de rugby du Gers et le centre hospitalier où M. Theux a finalement été opéré. Les actes médicaux réalisés à l'hôpital et l'organisation du service public hospitalier proprement dit ne sont pas en cause. Et n'est pas davantage en cause en acte médical qui aurait été accompli au cours du transport sanitaire. Ce qui est en cause, ce sont les conditions de ce transport sanitaire, essentiellement le fait que la victime a été transportée par ambulance et non par hélicoptère. La responsabilité du centre hospitalier de Toulouse est ainsi recherchée pour l'action de son unité de service d'aide médicale urgente dans l'organisation et l'exécution des secours.

Le régime de la faute lourde garantit en effet aux services de secours une marge de manœuvre. Il importe que l'action des services de secours ne soit pas entravée par la crainte de commettre des fautes susceptibles d'engager trop facilement leur responsabilité. Le passage à la faute simple supprime le double degré mais surtout pas, dans notre esprit, la prise en compte de la difficulté de l'action administrative.

Pour déterminer si une faute simple a été commise dans l'organisation ou dans l'exécution des secours, le juge administratif doit naturellement prendre en considération la difficulté intrinsèque de l'opération et les contraintes, notamment l'urgence, auxquelles le service de secours a été confronté. Il ne s'agit pas d'une appréciation abstraite mais d'un examen *in concreto*. La ligne de partage entre faute et erreur non fautive pourrait d'ailleurs varier selon que la défaillance à l'origine du dommage résulte de l'organisation ou de l'exécution des secours ; l'exigence sera plus forte vis-à-vis de l'organisation des secours, du moins lorsque sera en cause la planification préalable des opérations, hors de la contrainte d'urgence. Mais la question de l'urgence médicale soulève aussi des interrogations au-delà du fondement de la responsabilité, en particulier quant au statut juridique des personnes privées collaborant au service de l'urgence.

II. Le statut juridique des collaborant libéraux

La loi française prévoit que les établissements de santé, publics ou privés, peuvent comporter des unités participant au service d'aide médicale urgente, appelées SAMU, dont les missions et l'organisation sont fixées par voie réglementaire. Elle précise que les SAMU comportent un centre de réception et de régulation des appels et que leur fonctionnement peut être assuré avec le concours des praticiens non hospitaliers qui en font la demande, des conventions étant passées à cet effet dans des conditions fixées par décret.

Ces centres doivent garantir en permanence l'accès immédiat de la population aux soins d'urgence et doivent également garantir la participation des médecins d'exercice libéral au dispositif d'aide médicale urgente. À cette fin, une convention, soumise à l'approbation du préfet, doit être passée dans chaque département entre l'établissement de santé où le SAMU est implanté et les associations de médecins qui en ont fait la demande. La convention détermine notamment les moyens apportés par chacune des parties contractantes, les modalités selon lesquelles la réception et la régulation des appels sont assurées conjointement et les modalités de gestion du centre.

Ce dispositif original soulève des interrogations délicates en matière de responsabilité, notamment dans le cas où un malade a subi un dommage imputé à une faute d'un médecin d'exercice libéral participant à la réception des appels dans un SAMU dépendant d'un hôpital public. La victime doit-elle rechercher la responsabilité de l'hôpital, celle du médecin ou celle de l'association qui l'a mis à la disposition du centre de réception des appels ? Devant quel ordre de juridiction l'action indemnitaire doit-elle être portée ?

La question a été soulevée dans une affaire célèbre en 2006⁴⁴⁷. Un médecin libéral collaborant au SAMU dirige un patient vers son médecin traitant. À défaut de toute prise en charge médicale, le patient est admis quelques heures plus tard au service des urgences à la suite d'un second appel, où il décède des suites d'une hernie diaphragmatique. Le médecin est pénalement condamné à trois mois de prison avec sursis. Les ayants droit de la victime intentent une action en responsabilité à l'encontre du centre hospitalier de Saint Nazaire dont dépend le SAMU. Le tribunal administratif retient l'entière responsabilité du centre hospitalier, mais accueille l'appel en garantie dirigé contre l'Association de médecine

⁴⁴⁷ CE, 20 décembre 2006, *Association de médecine d'urgence de l'estuaire de la Loire*, RGDM, n° 23, 2007, p.268.

d'urgence de l'estuaire de la Loire, condamnée à réparer l'intégralité des préjudices. C'est à l'occasion du pourvoi en cassation formé contre cette solution confirmée en appel que le Conseil d'État se prononce sur l'étendue de la responsabilité de l'établissement public de santé au titre de la faute commise par un médecin libéral.

Cette situation conduit à deux analyses juridiques distinctes quant aux conséquences en matière de responsabilité. On pourrait considérer que les conventions relatives aux centres de réception et de régulation des appels délèguent aux associations de médecins libéraux l'exécution d'une partie du service public de l'aide médicale d'urgence. Dans la présente affaire, la convention serait interprétée comme déléguant à l'AMUEL la réception des appels des particuliers, à charge pour elle de s'assurer le concours de médecins libéraux. Les dommages causés aux tiers n'engageraient pas la responsabilité de la personne publique ayant consenti la délégation⁴⁴⁸ et la responsabilité de l'association devrait être recherchée par les victimes devant la juridiction judiciaire⁴⁴⁹. Par ailleurs, dans cette approche, les médecins régulateurs libéraux ne pourraient être que dans un rapport de droit privé avec l'association. Une telle analyse, à notre sens, ne reflète pas la réalité des relations juridiques entre les acteurs exécutant le service de l'urgence.

En effet, chaque centre de réception et de régulation des appels constitue un organisme unique à l'activité duquel concourent à la fois des personnels hospitaliers et des médecins libéraux. Cet organisme n'est pas doté de la personnalité morale mais constitue une partie du SAMU qui est lui-même intégré à l'hôpital ; sa gestion est assurée de manière conjointe par l'hôpital et par les associations de médecins, dans les conditions prévues par les conventions, mais l'hôpital a un rôle prééminent. Dans une telle configuration, il nous semble que les tierces victimes de dommages causés par le fonctionnement du centre doivent toujours se voir reconnaître la possibilité de rechercher la responsabilité de l'hôpital, devant la juridiction administrative s'il s'agit d'un établissement public.

Dans une seconde approche, la question se pose de savoir si les médecins régulateurs libéraux sont uniquement liés à l'association, par un rapport qui ne peut relever que du droit privé, ou s'il s'établit un rapport direct, de droit public, entre eux et l'hôpital. L'enjeu de cette

⁴⁴⁸ CE, Sect. 21 mars 1980, *Vanderiele*, Rec. CE, 1980, p. 161.

⁴⁴⁹ CE, Sect., 19 décembre 1969, *Entreprise Delannoy*, Rec. CE, 1969, 595 ; CE, Sect., 13 octobre 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône*, Rec. CE, 1978, p. 368.

question est double. D'une part, si le médecin est regardé comme un agent public, il demeure exposé à une sanction pénale mais sa responsabilité pécuniaire ne peut être recherchée devant la juridiction judiciaire si la faute n'est pas détachable du service. Le second enjeu porte sur le point de savoir si la responsabilité de l'hôpital est engagée, au titre de la jurisprudence *Cames*⁴⁵⁰, envers un médecin régulateur libéral victime d'un accident dans l'exercice de ses fonctions.

Il est nécessaire de dire que dans la présente affaire la Cour de Cassation chambre criminelle a relevé dans son arrêt du 2 décembre 2003⁴⁵¹ qu'un médecin régulateur libéral est un agent public dont la responsabilité pécuniaire ne peut être recherchée que devant la juridiction administrative. Mais la position du juge administratif dans l'affaire de l'AMUEL ne nous semble pas conduire à prendre parti, dès lors que la solution du litige dépend seulement de l'interprétation de la convention⁴⁵². La cour administrative d'appel de Nantes⁴⁵³ a justement retenu que les médecins d'exercice libéral volontaires « *sont associés à l'organisation et au fonctionnement du service d'aide médicale urgente qui est au nombre des missions de service public des établissements publics d'hospitalisation* ».

Cette association ou collaboration au service public apparaît d'ailleurs conforme aux critères retenus par le juge administratif en cas de collaboration au service public. Celle-ci peut résulter d'une initiative personnelle effective et justifiée. À plus forte raison doit-il en être ainsi lorsque la collaboration résulte d'une convention de droit public, conclue entre

⁴⁵⁰ CE, 21 juin 1895, *Cames*, Rec. CE, 1895, P. 509 : relatif à la responsabilité de la personne publique envers ses agents sur le fondement du risque résultant des travaux qu'il leur fait exécuter dans le cadre du service public.

⁴⁵¹ Cass. crim., 2 décembre 2003, Bull. crim., n° 226.

⁴⁵² Une pratique confirmée par le Conseil d'État dans son arrêt du 14 janvier 2009, *ASUM 67*, n° 296020, Inédit au recueil Lebon ; Dans cet arrêt le Conseil d'État considère que « *l'article 4, intitulé « responsabilité », de la convention conclue le 15 février 1989 en application de ces dispositions par le centre hospitalier régional de Strasbourg et notamment l'ASUM 67, stipule que : « l'ASUM 67 garantit la présence d'un médecin libéral pour assurer la régulation... Dans ses interventions l'ASUM 67 agit dans le cadre de la médecine libérale et assume toutes les responsabilités en découlant... » ; que la cour administrative d'appel de Nancy n'a pas dénaturé ces stipulations en les interprétant comme mettant à la charge de l'ASUM 67 la responsabilité des actes et décisions des médecins qu'elle met à la disposition du centre de réception et de régulation des appels ; quelle a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit et sans entacher son arrêt d'une contradiction de motifs, que l'ASUM 67 devait garantir le service public hospitalier des condamnations prononcées à son encontre au titre de la faute commise par le médecin d'exercice libéral que cette association avait mis à disposition du centre de réception et de régulation des appels du service d'aide médicale urgente du Bas-Rhin en qualité de médecin régulateur, sans avoir à rechercher si celui-ci devait être regardé comme un agent public ou comme un collaborateur du service public de l'aide médicale urgente* ».

⁴⁵³ CAA Nantes, 27 mai 2004, *Centre hospitalier général de Saint Nazaire et l'Association de médecine d'urgence de l'estuaire de la Loire*, n° 02NT01100, Inédit au recueil Lebon.

l'administration hospitalière et une association de droit privé regroupant des médecins libéraux.

Cette ambiguïté a été résolue par l'intervention du législateur français en 2009 qui a reconnu le droit de la victime à voir la responsabilité de l'hôpital engagée, peu importe les stipulations de la convention conclue entre l'établissement public de santé et la personne morale privée. Il a prévu la couverture de l'activité du médecin libéral, assurant la régulation des appels au sein d'un service d'aide médicale urgente hébergé par un établissement public de santé, par le régime de la responsabilité administrative qui s'applique aux agents de cet établissement public en précisant que toute clause d'une convention contraire aux principes énoncés dans le présent article est nulle⁴⁵⁴.

En outre, la faute paramédicale commise par les auxiliaires médicaux peut se produire aussi à l'intérieur de l'établissement public de santé, quel que soit l'état de l'intervention médicale, urgente ou normale. L'acte de soins courants mal réalisé est l'exemple le plus évident permettant d'engager la responsabilité administrative de l'établissement public de santé.

B. La faute dans les actes de soins courants et bénins

Il s'agit, pour les équipes soignantes, de faire bénéficier le patient de soins attentifs et consciencieux conformément aux obligations posées par le Code de déontologie médicale. Ceci suppose d'accorder au patient toute l'attention que son état nécessite, de vérifier l'évolution de son état de santé tout au long de sa présence dans le service et de s'assurer que les actions et gestes thérapeutiques réalisés produisent les effets escomptés.

Ainsi un accident survenu à un nouveau-né qui n'a pas bénéficié d'un suivi médical suffisant alors que s'imposait une vigilance particulière à la suite d'un accouchement difficile engage la responsabilité du service public hospitalier⁴⁵⁵. Il en va de même pour une parturiente qui a rompu la poche des eaux et qui est laissée sous sédatif et sans surveillance toute une nuit, au cours de laquelle elle perd son enfant⁴⁵⁶. Le patient admis à l'hôpital doit

⁴⁵⁴ Art. L. 6314-2 du Code de la santé publique français créé par l'article 49 la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO du 22 juillet 2009, n° 167, p. 12184.

⁴⁵⁵ CE, 20 mars 1957, *Hospices de Perpignan*, AJDA 1957, p. 250.

⁴⁵⁶ CE, 11 avril 2008, *M. et Mme Jean-Jacques A.*, n° 293938, Inédit au recueil Lebon.

bénéficier d'une surveillance médicale adaptée, avant comme après la réalisation de l'intervention médicale. Après le diagnostic et la réalisation de l'acte thérapeutique, le suivi du patient postopératoire est également de nature à engager la responsabilité de l'établissement de santé. Après une chimiothérapie, le patient qui quitte l'hôpital, sans information sur la nécessité de s'hydrater et qui ne parvient pas à obtenir d'indications sur la conduite à tenir malgré des troubles de santé sérieux, est victime d'une faute dans le fonctionnement du service⁴⁵⁷.

La définition de l'acte de soins remonte à l'arrêt *Rouzet* de 1959⁴⁵⁸. Il s'agit, conformément à la distinction figurant dans l'arrêté ministériel délimitant les différentes catégories d'actes qui peuvent ou non être pratiqués par des médecins⁴⁵⁹ ou des non-médecins⁴⁶⁰, d'actes qui peuvent être exécutés par des auxiliaires médicaux qualifiés et uniquement sur prescription du médecin, mais en dehors de la présence de celui-ci.

Cette distinction, qui a longtemps été à l'origine de l'application d'un régime différent de responsabilité, est encore pertinente car le juge administratif distingue toujours la faute médicale de la faute dans l'acte de soins courant et bénin⁴⁶¹. Mais elle déterminait auparavant l'application d'un régime différent de responsabilité. Comme le Conseil d'État l'avait jugé dans l'arrêt *Rouzet*⁴⁶², la distinction entre les actes de soins et les actes médicaux ne reposait pas sur des critères organiques, tirés de la qualité de l'auteur de l'acte, mais sur des critères tirés de la nature de ces actes, de leur difficulté intrinsèque, celle-ci exigeant ou non qu'ils ne puissent être pratiqués que par des médecins ou, pour certains d'entre eux, par des auxiliaires médicaux mais sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin⁴⁶³.

⁴⁵⁷ CE, 28 novembre 2008, *CPAM de la Creuse et M. Julien A.*, Rec. CE, 2008, Tables, p. 867.

⁴⁵⁸ CE, Sect., 26 juin 1959, *Rouzet*, Rec. CE, 1959, p. 405.

⁴⁵⁹ Articles 3 et 4 de l'arrêté du ministre de la santé publique et de la population du 31 décembre 1947.

⁴⁶⁰ L'arrêté du 13 avril 2007 modifiant l'arrêté ministériel du 6 janvier 1962 fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoire d'analyses médicales non médecins, JOF du 14 avril 2007, n° 88, p. 6861.

⁴⁶¹ CE, 21 octobre 2009, *Mme Monique Altet-Caubissens / CHU de Montpellier*, Rec. CE, 2009, Tables, p. 938 : le Conseil d'État a refusé de qualifier d'acte de soins courants une anesthésie générale réalisée avec une intubation.

⁴⁶² Le Conseil d'État considère qu' « il résulte de l'instruction que le préjudice corporel subi par la jeune Christine Rouzet est la conséquence directe d'une faute commise par un interne de l'hôpital des enfants malades, à Paris, qui, par erreur, a pratiqué une perfusion intraveineuse dans une artère ; qu'une telle intervention a, en principe, le caractère d'un acte de soins ... » et « que, dans ces conditions et bien qu'elle n'ait pas présenté le caractère d'une faute lourde, la faute commise par l'interne susmentionné a été de nature à engager envers la victime la responsabilité de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris ».

⁴⁶³ Pour ne prendre que quelques exemples, l'injection d'un produit dans des conditions ayant entraîné un dommage : CE, 07 octobre 1955, *Hôpital-Hospice de Bayeux / Veuve Hervé*, Rec. CE, 1955, p. 470 et CE, 05 mai 1982, *Époux Hombourger*, Rec. CE, 1982, p. 170 ; ou qui provoque une fracture chez un nouveau-né au

Cette distinction a évolué sous l'influence de plusieurs facteurs. En premier lieu, alors que le juge a privilégié le critère de la nature de l'acte en cause, la frontière entre les actes de soins et les actes médicaux est devenue de plus en plus malaisée à tracer. La technique médicale a évolué et a fait passer dans la catégorie des simples soins ce qui pouvait relever de l'art médical dans le passé. En second lieu, la jurisprudence a progressivement réduit la distinction entre faute lourde et faute simple.

L'évolution a été particulièrement nette à partir du début des années 1980. Sensible sans doute au décalage choquant avec la jurisprudence judiciaire, le Conseil d'État a d'abord limité aux seuls actes médicaux réellement complexes l'exigence de la faute lourde. Il a, par voie de conséquence, élargi au maximum la notion d'acte de soins courants et de faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier.

Tandis que la faute simple suffit pour engager la responsabilité des établissements hospitaliers pour les actes de soins, la preuve de cette faute n'est pas toujours à la portée de la victime. Pour éviter des situations de préjudices qui ne pourraient donner lieu à réparation, « faute de preuve de la faute », ce que le commissaire du gouvernement Jouvin qualifiait de « *sentiment de scandale et d'indignation* » dans ses conclusions dans l'affaire *Dejous*⁴⁶⁴, le juge administratif a institué un système de présomption applicable dans plusieurs hypothèses.

Dans son arrêt du 19 mars 1969⁴⁶⁵, le Conseil d'État français a tranché une question importante. Il s'agissait d'une personne ayant subi, dans un hôpital public, une injection intraveineuse dont les conséquences s'étaient révélées désastreuses⁴⁶⁶. La question se posait de savoir si la responsabilité de l'administration de l'Assistance publique était engagée et sur quel fondement. Sur le fond, ni l'étendue et la gravité du préjudice, ni la relation de cause à effet de celui-ci avec l'injection intraveineuse pratiquée à l'hôpital, n'étaient contestables ni contestées. Reste à savoir si la responsabilité de l'hôpital était engagée. Il semble que la victime n'ait pu prouver, à l'encontre des personnes dont répond l'hôpital, aucune faute. Le juge administratif se trouvait devant plusieurs interrogations : d'abord, devait-on rejeter sa

cours d'une manipulation malencontreuse : CE, 25 juillet 1986, *Centre hospitalier de Sélestat*, n° 67420, Inédit au recueil Lebon.

⁴⁶⁴ CE, ass., 07 mars 1958, *Secrétaire d'État à la santé publique / DEJOURS*, RDP 1958, p. 1087.

⁴⁶⁵ CE, 19 mars 1969, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris / Demoiselle Bey*, Rec. CE, 1969, p. 165.

⁴⁶⁶ Amputation d'une jambe.

demande, ce qui paraissait de toute évidence contraire à l'équité ? Ou, Devait-on, à l'inverse, juger la responsabilité de l'hôpital engagée sans faute ?

Ces deux solutions étaient également inadmissibles, la première, pour des raisons d'élémentaire équité ; la seconde, parce qu'elle aurait, entre autres défauts, celui d'analyser les obligations de l'hôpital envers ses malades comme une obligation de résultats, solution de toute évidence contraire à tout le droit de la profession hospitalière.

La seule solution satisfaisant le bon sens et l'équité consiste donc à conserver la faute comme fondement de la responsabilité, mais en corrigeant la rigueur de cette solution par l'admission d'une présomption de faute renversant la charge de la preuve. Il est vrai que le mot de présomption de faute n'est pas écrit. Mais on ne peut s'y tromper, il s'agit bien d'une telle présomption. Une présomption c'est le moyen par lequel, de faits connus et établis, on déduit la probabilité d'un autre fait qui ne peut être connu directement. Le mot qui caractérise la présomption, dans le considérant de principe de l'arrêt du Conseil d'État, c'est le mot « révèle ».

Dans l'arrêt *Dejous*, il s'agit bien d'une présomption non de responsabilité mais d'une présomption de faute, car ce que révèle la multiplicité des infections constatées chez les vaccinés d'une même séance, c'est « *un fonctionnement défectueux du service public* »⁴⁶⁷. Son caractère défectueux est fautif, encore qu'il soit impossible, en l'état de l'instruction, de déterminer de façon précise et de localiser une faute humaine. Il y a quelqu'un, dans le service, qui n'a pas fait toutes les diligences dues pour prévenir tout accident ; ou bien, les contrôles n'ont pas bien joué.

Le Conseil d'État, dans l'arrêt *Sieur Meier*, qui révèle la persistance du recours par la jurisprudence administrative à la présomption de faute, utilise le même raisonnement mais la rédaction cette fois-ci est explicite : « *s'agissant d'une intervention courante et de caractère bénin, les troubles que cette injection a entraînés ne peuvent être regardés que comme révélant une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service* »⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ CE, ass., 07 mars 1958, *Secrétaire d'État à la santé publique / DEJOUS*, op. cit. : L'infection dont sept enfants, vaccinés au cours d'une même séance, ont été victimes révèle un fonctionnement défectueux du service, de nature à engager la responsabilité de l'administration.

⁴⁶⁸ CE, 23 février 1962, *Sieur Meier*, Rec. CE, 1962, p. 122 ; CE, 19 mars 1969, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris / Demoiselle Bey*, op. cit. ; CE, 20 juillet 1988, *CHR de Montpellier / Mme*

Dans ce contexte, il est important de dire que le mécanisme de présomption est limité aux actes de soins courants hors les différents actes qui peuvent aussi avoir un effet sur le fonctionnement du service public hospitalier. Cette tendance fait ainsi réapparaître la distinction des actes divers selon le critère objectif⁴⁶⁹ initié par l'arrêt *Rouzet* depuis 1959.

§2. Des fautes à la jonction entre l'administratif et le médical

La faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, notion administrative par origine, a longtemps été, en matière hospitalière, soumise à la distinction entre la faute simple et la faute lourde. Quelques arrêts mettant fin à l'exigence générale d'une faute lourde en matière de responsabilité hospitalière, avaient en effet, à partir de 1935, dédoublé le régime de responsabilité. Ce dédoublement a subi, avant de se fixer, une rapide évolution. La faute dans l'organisation et le fonctionnement du service requérait une faute simple alors que la faute médicale, quant à elle, requérait une faute lourde. C'est sur cette distinction maintes fois appliquée que resta figée la jurisprudence du Conseil d'État français pendant plus de quarante ans, alors que les juridictions de l'ordre judiciaire, compétentes pour juger des litiges nés dans un établissement de santé privé, n'opéraient, en matière médicale, aucune distinction selon la gravité de la faute.

Aujourd'hui, si la distinction entre la faute lourde et la faute simple a été abolie, en apparence du moins⁴⁷⁰, la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service non seulement persiste et conserve son autonomie par rapport aux autres types de fautes, mais s'invite aussi dans les litiges concernant les établissements privés de santé et révèle une physionomie plurielle.

BOUREMEL, n° 67720, Inédit au recueil Lebon : Le CE a considéré que « *le fait qu'une perfusion mal placée ait entraîné une ischémie puis nécessité l'amputation de la main de la patiente 10 jours plus tard révélait nécessairement l'existence d'une faute eu égard à l'ampleur des conséquences d'un acte aussi courant* » ; CE, 5^{ème} et 10^{ème} sous-sect. réunies, 1^{er} mars 1989, *Époux Peyres*, Rec. CE, 1989, p. 65 : le CE a considéré que l'existence des brûlures sur le patient après son opération, alors que ces brûlures n'ont pas été constatées avant l'opération, révèle elle-même une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier ; Dans le même sens, l'arrêt du CE, 31 octobre 1990, *Époux Pelletier / Service central des mutuelles G.I.E.*, Rec. CE, 1990, Tables, p. 975 : le CE a considéré que « *la très forte diminution de la vision dont il est atteint est en relation directe de cause à effet avec les soins préopératoires qu'il a reçus en vue de l'opération chirurgicale susvisée et résulte de l'infiltration accidentelle au cours de l'opération qui s'est prolongée pendant huit heures, d'un produit désinfectant sous les compresses posées pour protéger les yeux et qui a provoqué des ulcérations des deux cornées. Cet accident révèle, alors même qu'il est impossible de définir les circonstances exactes dans lesquelles les yeux ont été mis en contact avec un produit toxique, une faute dans le fonctionnement du service de nature à engager la responsabilité de l'administration générale de l'assistance publique à Paris* ».

⁴⁶⁹ CE, 21 octobre 2009, *Mme Monique Altet-Caubissens / CHU de Montpellier*, op. cit.

⁴⁷⁰ Sur cette réserve voir Alix TOUBLANC, « *De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale* », AJDA 2004, p. 1173 et s.

A priori, étant donné l'unification du régime en matière de responsabilité médicale, la distinction entre faute dans l'organisation et le fonctionnement du service et la faute médicale peut paraître superflue. Pourtant, en pratique il n'en est rien. L'affirmation du commissaire du gouvernement Legal dans ses conclusions pour la décision *Époux Vergos* résonne à cet égard comme une prédiction. Ayant pourtant lui-même plaidé en faveur de l'abandon de la faute lourde, il précisait qu' « à l'avenir, la jurisprudence n'aura pas à s'écarter beaucoup de ce qui est aujourd'hui sa tendance principale pour délimiter le domaine de l'erreur non fautive »⁴⁷¹.

Or, aujourd'hui encore, les juges avant d'apprécier l'existence d'une faute, qualifient l'acte à l'origine du dommage en distinguant l'acte médical de l'organisation du service médical. Ainsi, à simple titre d'exemple, on peut signaler un arrêt approuvant le rejet par une cour d'appel tant d'une faute médicale que d'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service⁴⁷².

Alors que la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service est une notion de droit administratif français, elle a progressivement pénétré le domaine, plus restreint, de la responsabilité des établissements privés de santé. En effet, si le fondement de la responsabilité de ces derniers contrairement aux établissements publics de santé, est de nature contractuelle, ces établissements doivent accomplir les mêmes missions que les hôpitaux publics⁴⁷³. La faute dans l'organisation du service est ainsi de plus en plus utilisée par les juridictions judiciaires⁴⁷⁴. Cette reconnaissance de la faute de l'organisation réalise une unification manifeste des responsabilités des établissements publics et privés.

⁴⁷¹ Conclusions du commissaire du gouvernement Legal sur l'arrêt *Époux Vergos* du 10 avril 1992, Rec. CE, 1992, p. 171.

⁴⁷² CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sect. réunies, 24 février 1995, *CHRU de Nancy*, n° 134142, Inédit au recueil Lebon. De la même manière, le Conseil d'État français, par un arrêt du 19 mars 2003, a approuvé une cour d'appel d'avoir engagé la responsabilité d'un service public hospitalier à raison d'un retard de diagnostic né d'une erreur du médecin de garde et d'un défaut de surveillance, caractérisant à la fois une faute médicale et révélant des fautes dans l'organisation du service.

⁴⁷³ Art. L. 6111-1 du CSPF.

⁴⁷⁴ Pour ce constat généralisé en droit privé voir G. Viney, *Responsabilité Civile*, JCP, éd. G., I, 122 ; aussi, L'arrêt rendu le 15 décembre 1999 par la Cour de cassation française mérite à cet égard d'être signalé. En l'espèce, un enfant né sans mouvement respiratoire spontané, est désobstrué par le médecin accoucheur mais l'intubation nécessaire pour rétablir la respiration, n'est réalisée, faute de la présence de médecin anesthésiste compétent, qu'après un quart d'heure. Pour retenir la responsabilité de la clinique dans le préjudice subi par le nourrisson, qui gardera toujours les séquelles liées au défaut de ventilation de son cerveau, la Cour de cassation retient qu' « en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, l'établissement de santé privé est tenu de lui donner des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir

Étant une notion dont les contours sont difficiles à cerner, la faute dans l'organisation des services des établissements de santé, publics ou privés, connaît plusieurs types de manifestations. Si elle est utilisée en droit administratif comme en droit privé, la faute dans l'organisation et le fonctionnement présente dans ces deux secteurs une nature distincte.

Issue du droit public, la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service est l'une des multiples manifestations de la faute de service et revêt, à ce titre, une dimension statutaire. Dans ce cadre, cette dernière apparaît comme le manquement par une administration à ses obligations. Toutefois, s'il est assez aisé d'en appréhender les différentes manifestations, plusieurs grands auteurs se sont heurtés à la difficulté d'en donner une définition et des critères précis. Une notion développée par M. Hauriou⁴⁷⁵, « droit au fonctionnement correct du service », nous semble la plus adaptée pour justifier la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public. Ainsi, un usager d'un établissement public de santé est en droit d'attendre que l'administration satisfasse à son obligation de bon fonctionnement du service public.

Le caractère assez souple de la définition a donné lieu, à propos des services publics hospitaliers, à des interprétations extensives, pouvant aller jusqu'à assimiler une faute dans l'acte de soins pratiqué par un médecin lui-même à une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. On peut, à ce titre, relever un arrêt qualifiant d'une telle faute, une erreur dans l'anesthésie⁴⁷⁶.

Pour que les établissements de santé publics assurent leurs obligations, ils se doivent de disposer d'une organisation adéquate non seulement pour accueillir les usagers en toute sécurité, mais aussi pour assurer la qualité des soins qui leur seront prodigués. En effet, si l'organisation technique des soins appartient aux seuls médecins, il appartient à l'établissement concerné de procurer à ces derniers les moyens de prodiguer au patient des soins consciencieux et attentifs. Pour G. Méméteau, l'établissement doit exécuter « deux

dans les délais imposés par son état » et qu'en ne satisfaisant pas à cette obligation, la clinique « avait commis une faute dans son organisation » : JCP 2000, éd. G., II, 10384, note Méméteau ; Cette solution a été réitérée récemment par l'arrêt du 13 novembre 2008 à propos d'une patiente, sur le point d'accoucher, qui n'a reçu les soins appropriés que tardivement du fait d'un *quiproquo* sur l'heure de début de garde du médecin obstétricien, vainement attendu par le médecin de garde présent au moment de la survenance des difficultés : Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008, JCP, éd. G., II, 10030, comm. Pierre SARGOS.

⁴⁷⁵ M. Hauriou, note sous CE, 17 février 1905, *Tomaso Grecco et Auxerre*, Sirey 1905, p. 114.

⁴⁷⁶ CE, 8 décembre 1989, *Hairon Lescure*, Rec. CE, 1989, p. 251.

prestations principales d'abord recevoir, loger, nourrir le patient, assurer la sécurité de sa personne et de ses biens pendant le temps de son séjour [...] Ensuite, donner au malade hospitalisé des soins requis par son état »⁴⁷⁷. Parce que la mission des établissements de santé est duale, la faute dans l'organisation (A) et le fonctionnement (B) du service revêt différents visages.

A. Organisation adaptée afin de donner des soins qualifiés

Le défaut d'organisation des soins du patient peut s'entendre d'une insuffisance du personnel présent comme d'une absence de personnel qualifié⁴⁷⁸. Il appartient à l'administration de prendre les décisions nécessaires pour satisfaire à ce qui s'apparente à une obligation de résultat calibrée en fonction de la taille de l'établissement, de ses missions et de la difficulté objective de la situation.

Le premier aspect ne manque pas d'illustrations dans la jurisprudence administrative française. Le Conseil d'État français a ainsi pu considérer que l'absence d'un médecin dans l'hypothèse d'un accouchement dystocique se déroulant sous la surveillance d'une sage-femme justifiait l'engagement de la responsabilité du service public hospitalier sur le fondement d'un défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service⁴⁷⁹.

Cet arrêt constitue une évolution importante de la jurisprudence relative à l'organisation et au fonctionnement du service public hospitalier et, plus particulièrement, à l'obligation de présence d'un médecin obstétricien de garde apte à assister les sages-femmes lors de la survenance d'une complication imprévue. Revenant sur une de ses décisions déjà ancienne⁴⁸⁰, le Conseil d'État juge que « *l'absence d'un médecin dans de telles circonstances est constitutive d'un défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service engageant la responsabilité du service public hospitalier* ». Il est vrai que les solutions dégagées par les juges du fond étaient pour le moins disparates, certains arrêts retenant l'existence d'une

⁴⁷⁷ Gérard Méméteau, « *la Cour de cassation, voire reconstruit, le droit civil de la responsabilité médicale et hospitalière* », JCP 2000, éd. G., II, 10384, op. cit.

⁴⁷⁸ CE, 21 juillet 1939, *Sieur Lemaire*, Rec. CE, 1939, p. 510.

⁴⁷⁹ CE, 27 juin 2005, *M et Mme Boubeker Guechhati*, Rec. CE, 2005, p. 258 ; pour plus de précision, d'une telle responsabilité a pu être écartée lorsque l'absence du médecin est justifiée par sa présence auprès d'une autre parturiente en difficulté. Voir dans le même sens, la responsabilité pour mauvaise organisation du service est engagée lorsque le chef de service ou le praticien de garde s'est déchargé de tâches qui lui incombaient sur des internes : CE, 25 juin 1954, *Dame Forcina*, Rec. CE, 1954, p. 388.

⁴⁸⁰ CE, 3 novembre 1982, *Hôpital Hospice de Ste-Foy-lès-Lyon*, Rec. CE, 1982, Tables, P. 741.

faute⁴⁸¹, quand d'autres l'écartaient dans des circonstances de fait similaires⁴⁸². Les incidences de cette jurisprudence sur l'organisation des services hospitaliers devraient être importantes puisqu'elle induit, d'un point de vue pratique, la présence d'un médecin de garde dans tous les hôpitaux pratiquant des accouchements.

Puis, le Conseil d'État français a estimé que l'absence d'un anesthésiste dans un centre hospitalier prive le patient des garanties médicales qu'il était en droit d'attendre du service public hospitalier, ce qui révèle une carence dans l'organisation de l'établissement de santé⁴⁸³. Il est nécessaire de dire que le juge administratif cherche également à vérifier les motifs pour lesquels le praticien dont la défaillance est en cause était absent : un délai qui peut paraître excessif pour l'intervention d'un praticien ne sera pas fautif s'il résulte de l'instruction que le seul praticien dont la présence était nécessaire était occupé par une autre intervention aussi urgente⁴⁸⁴.

La configuration des locaux des établissements de santé peut également être une cause engageant leur responsabilité. Dans un arrêt par lequel le Conseil d'État a exclu la responsabilité du centre hospitalier de Nirot, il a considéré, s'appuyant sur le rapport d'expertise, que le fait que le bloc chirurgical n'était pas situé au même étage que le bloc obstétrical, à l'époque, n'était pas constitutif d'un aménagement défectueux des locaux et ne privait pas les patients des garanties médicales attendues du service public hospitalier⁴⁸⁵.

Un autre cas peut également être à l'origine d'un défaut dans l'organisation du service public hospitalier, c'est l'absence d'un personnel qualifié. Il est fait obligation aux établissements publics de santé de donner des soins que l'état du patient requiert et de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à l'accueil et au traitement du patient, plus précisément des moyens conformes aux besoins du malade. Le service public, quelles que soient ses difficultés, doit prévoir en nombre suffisant la présence d'un personnel qualifié dont la disponibilité doit être effective. Le Conseil d'État français a, pour sa part, également relevé

⁴⁸¹ CAA Nancy, 26 octobre 2000, *M et Mme Tschaegle*, n° 97NC01204, Inédit au recueil Lebon.

⁴⁸² CAA Nancy, 02 mai 1996, *Époux Engler*, n° 93NC00605, Inédit au recueil Lebon.

⁴⁸³ CE, 27 juin 2005, *M. et Mme Guechhati*, op. cit. ; CE, 08 octobre 1986, *Langlet / CHG de Château Thierry*, Rec. CE, 1986, p. 227 ; dans le même sens, L'impossibilité de joindre un anesthésiste à l'occasion d'un accouchement difficile : CE, 06 mai 1988, *CH de Beauvais / Époux Cozette*, Rec. CE, 1988, Tables, p. 1006 ;

⁴⁸⁴ CE, 20 janvier 1989, *CH de Compiègne Hôpital Saint Joseph / Travares*, Rec. CE, 1989, Tables, p. 910.

⁴⁸⁵ CE, 16 janvier 2008, *M. et Mme Daniel A. / CH de Nirot*, n° 275173, Inédit au recueil Lebon.

que la réalisation par un interne de garde d'acte excédant sa compétence constituait une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier⁴⁸⁶.

Cette insuffisance peut être non seulement au niveau du personnel qualifié mais aussi au niveau des équipements. Le fait pour un établissement de ne pas disposer d'un équipement qui aurait permis d'éviter un accident médical n'est pas par principe constitutif d'une faute engageant sa responsabilité. L'absence de mesure de la pression d'oxygène dans le sang artériel faute de l'équipement nécessaire n'est pas regardée comme fautive par le juge administratif français⁴⁸⁷. Pour sanctionner l'insuffisance d'effectifs ou d'équipements, le juge se réfère aux normes admises, compte tenu de la catégorie d'établissement et prend précisément en compte les circonstances⁴⁸⁸.

L'émergence d'un droit de la sécurité sanitaire, l'édiction de plus en plus fréquente de normes sanitaires minimales, notamment en application de la législation hospitalière et de la planification des activités médicales, définissent avec précision les équipements dont doivent disposer les établissements. Nul doute qu'un dommage imputable au non-respect de ces normes engagerait la responsabilité du service public hospitalier. L'utilisateur du service public doit pouvoir compter sur la meilleure qualité de professionnalisme, d'organisation et de fonctionnement. Il est parfois difficile de distinguer l'organisation du fonctionnement, un problème structurel se traduisant *in fine* par un problème de fonctionnement. Les décisions mêlent parfois les deux notions⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ CE, 04 octobre 1968, *Delle Doukakis*, Rec. CE, 1968, p. 1100.

⁴⁸⁷ CE, 13 novembre 1981, *CH d'Évreux / Époux Louis*, Rec. CE, 1981, Tables, p. 903.

⁴⁸⁸ CE, 16 avril 1980, *Mme Clarrin*, n° 01643 et n° 02777, Inédit au recueil Lebon : le Conseil d'État a considéré que « *la surveillance des malades du service était assurée par un personnel infirmier dont l'effectif correspondant aux normes admises et qu'il n'est pas établi de faute à l'égard de ce personnel ; que ni la circonstance que M. Clarrin ait réussi à se procurer une cordelette ni l'existence d'une canalisation apparente dans les toilettes ne sont révélatrices d'une faute de service ou d'un défaut d'aménagement susceptibles d'engager la responsabilité de l'établissement hospitalier* ».

⁴⁸⁹ CE, 09 mars 2009, *Mme Fanny Gourdain / CH spécialisé de Saint Venant*, n° 303983, RGDM, n° 31, p. 356 : le Conseil d'État a pu sanctionner le défaut de surveillance comme un défaut d'organisation. Il a considéré que le fait qu'une patiente, aux tendances suicidaires connues, ait pu échapper à la vigilance du service et ait pu mettre fin à ses jours révèle (Présomption de faute en matière de surveillance) une défaillance dans la surveillance et une faute dans l'organisation du service. La distinction ainsi opérée entre la défaillance dans la surveillance et la faute dans l'organisation du service pourrait laisser penser qu'il existe deux fautes distinctes. Pourtant, cette interprétation ne nous semble pas devoir être retenue dans la mesure où le Conseil d'État poursuit en énonçant que « *cette faute (est) directement à l'origine de l'accident qui a entraîné la mort de la patiente* ». Aussi nous semble-t-il à ne devoir reconnaître qu'une seule et même faute, et comprendre qu'il y avait en l'espèce défaillance dans la surveillance et donc une faute dans l'organisation du service.

B. Le dysfonctionnement du service public hospitalier, une notion polymorphe

La faute dans le fonctionnement du service public hospitalier, à notre sens, se distingue en quatre types, concernant le dysfonctionnement à l'accueil des patients, la surveillance des patients et des locaux, le mauvais entretien des locaux et les défaillances administratives.

Premièrement, un établissement public de santé, eu égard sa qualité de service public, doit toujours bien organiser l'accueil de ses patients. Un hôpital se doit d'accueillir ses patients sans retard⁴⁹⁰ et, à défaut de place répondant au besoin d'un patient, il doit s'assurer de sa prise en charge par un autre établissement qui ne saurait, en cas d'impossibilité de prise en charge, se voir reprocher une faute dans le fonctionnement en raison du délai supplémentaire imposé au patient⁴⁹¹. L'accueil du patient doit permettre son admission dans un service spécialisé répondant aux besoins du patient. La possibilité d'accueillir le patient s'apprécie sur l'ensemble de l'établissement⁴⁹².

Deuxièmement, une faute peut également être caractérisée par une surveillance insuffisante des malades en leur qualité de pensionnaires de l'hôpital. La jurisprudence est plus ou moins sévère selon que, objectivement, le patient demandait ou non une surveillance particulière en fonction de son état. Ainsi, un défaut de surveillance a pu être relevé à l'encontre d'un établissement n'ayant pas pu empêcher un enlèvement d'un nourrisson dans une maternité⁴⁹³ ou ayant laissé un enfant inconscient se livrer à des jeux dangereux⁴⁹⁴.

S'agissant de la surveillance des personnes souffrant de maladies mentales, le juge administratif français a posé des exigences particulières, notamment à cause des dommages qu'elles peuvent causer à elles-mêmes ou à des tiers et aussi de la difficulté particulière d'organiser le service de manière adéquate. En la matière, une question plus ou moins délicate qui se pose est de savoir si l'hospitalisation avec consentement, qui est fondée sur la liberté, peut exonérer l'établissement de santé de l'obligation particulière de surveillance dont il est débiteur. Le patient est admis à l'hôpital avec son consentement avec la faculté, pour l'équipe soignante dans un but exclusivement thérapeutique, de lui imposer des mesures restrictives de

⁴⁹⁰ CE, 12 décembre 1941, *Hôpital civil d'Antibes*, Rec. CE, 1941, p. 218 ; CE, 9 novembre 1959, *Sieur Sarotte*, Rec. CE, 1959, p. 591.

⁴⁹¹ CE, 28 mai 1971, *CH de Reims*, Rec. CE, 1971, p. 418.

⁴⁹² CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réunies, 16 juin 2000, *Hospices civils de Lyon*, Rec. CE, 2000, p. 234.

⁴⁹³ CE, 29 avril 1935, *Donnadieu*, Rec. CE, 1935, p. 1541 ; CE, 09 juillet 1969, *Époux Pech*, Rec. CE, 1969, p. 373.

⁴⁹⁴ CE, 10 novembre 1961, *Époux Edme*, Rec. CE, 1961, p. 644.

liberté. La réponse jurisprudentielle n'est pas simple, comme on peut le vérifier à travers quelques exemples jugés.

Une certitude semble se dégager de la jurisprudence : le mode d'hospitalisation libre ne décharge pas l'établissement de santé d'une surveillance particulière répondant aux critères de l'obligation de moyens même si, bien souvent, les juges se montrent plus sévères dans l'appréciation de cette obligation pour les patients hospitalisés sans consentement. C'est ainsi que le tribunal administratif de Nice, dans un jugement du 10 novembre 2006, a retenu la responsabilité hospitalière, dans une affaire dans laquelle une personne avait quitté l'établissement où elle était hospitalisée, avec son consentement, en service de psychiatrie et a mis fin à ses jours⁴⁹⁵. Selon les juges de première instance, il appartenait à l'établissement public hospitalier, compte tenu des antécédents du patient, notamment de précédentes tentatives de suicides, d'exercer une surveillance particulière sur le malade alors même qu'il était hospitalisé en service libre, c'est-à-dire sans contrainte. La circonstance que l'intéressé ait pu quitter le centre hospitalier vers huit heures du matin et que sa disparition ait été constatée seulement à l'heure de la distribution des repas du déjeuner, vers 11 heures 40, révèle un fonctionnement défectueux du service constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital psychiatrique. Celui-ci est donc condamné à indemniser les ayants droit du patient du préjudice qu'ils ont subi du fait de son suicide.

Au contraire, la juridiction suprême de l'ordre administratif considéra que « *le fait que M. T. ait pu échapper à la surveillance dont il faisait l'objet ne suffit pas à établir qu'une faute ait été commise dans l'organisation et le fonctionnement du service [...]* »⁴⁹⁶. Dans les circonstances de l'espèce, les juges ont estimé que l'établissement n'avait pas commis de faute dans le suicide du patient à son domicile après s'être enfui de l'hôpital où l'on préparait son admission et à qui l'on avait pourtant administré une piqûre calmante.

Cette position a été réaffirmée par la cour administrative d'appel de Nancy où les juges relèvent que la surveillance était alors exercée selon les seules exigences du placement libre. Il s'agissait de la fugue d'un patient dépressif et quasiment aveugle qui avait été mortellement accidenté. La cour d'appel devait confirmer la décision des premiers juges dans les termes suivants : « *Considérant que si l'état général de G. pouvait être regardé comme préoccupant*

⁴⁹⁵ TA Nice, 10 novembre 2006, *M. et Mme B.*, AJDA 2008, p. 441, cité par José Coelho.

⁴⁹⁶ CE, 29 janvier 1999, *Mme Anstrud T.*, n° 185034, Inédit au recueil Lebon.

en raison de la première tentative de suicide du 6 octobre 1996 et des blessures qui en ont été la conséquence, il n'est pas établi, ainsi que l'ont d'ailleurs relevé les premiers juges, qu'il aurait manifesté dans les jours qui ont précédé son décès un comportement nécessitant un renforcement de la surveillance alors exercée selon les seules exigences du placement libre »⁴⁹⁷.

Ces décisions contradictoires permettent de conclure que la surveillance du patient hospitalisé avec consentement doit être adaptée à son état de santé. Depuis 1966⁴⁹⁸, une faute simple engage la responsabilité du service public hospitalier. Le juge utilise la plupart du temps trois critères jurisprudentiels d'appréciation qui permettent, au cas par cas, de déduire ou non l'existence d'une faute de surveillance génératrice de responsabilité indemnitaire : le critère prévisible ou imprévisible du comportement du malade, notamment en cas de tendances suicidaires⁴⁹⁹ ; la nature de la surveillance effectivement exercée telle qu'elle ressort du dossier⁵⁰⁰, ce qui peut être très délicat pour des services laissant, pour des motifs thérapeutiques notamment, une certaine liberté aux patients⁵⁰¹ ; l'organisation matérielle du service⁵⁰² et son adéquation aux missions qu'il assume⁵⁰³.

Dans ce contexte, la cour administrative d'appel a pu considérer la possibilité de la patiente de se rendre seule aux toilettes, d'où elle a franchi sans difficulté excessive le vasistas, protégé par un grillage extérieur, dont la conception s'est révélé impropre à empêcher la chute de la patiente ; dès lors, les circonstances de l'accident survenu à Mme V.

⁴⁹⁷ CAA Nancy, 14 octobre 2004, *Mme Christiane X., M. Stéphane X. et M. Emmanuel M.*, n° 99NC00266, Inédit au recueil Lebon.

⁴⁹⁸ CE, 05 janvier 1966, *Hawezack*, Rec. CE, 1966, p. 6.

⁴⁹⁹ CAA Lyon, 19 décembre 2006, *Mme Fabienne X. / CH spécialisé de Saint Cyr au Mont d'Or*, n° 03LY01665, Inédit au recueil Lebon ; CAA Paris, 11 juillet 1997, *Mme Bourguignon / CH René Dubos*, n° 96PA00943 et n° 96PA01213, Inédit au recueil Lebon ; CE, 11 février 1959, *AP Marseille / Dame Filippi*, Rec. CE, 1959, p. 103 ; CE, 05 mars 1959, *Dame Moulis*, Rec. CE, 1959, p. 177 ; CE, 30 mars 1979, *Cardona*, RDP 1980, p. 1762.

⁵⁰⁰ CE, 11 décembre 1970, *CH de Brest*, Rec. CE, 1970, Tables, p. 1192 ; CE, 16 avril 1980, *Ghelaf*, Rec. CE, 1980, Tables, p. 890 : le fait, pour l'hôpital, d'avoir laissé le patient sans surveillance dans une chambre où résidaient d'autres malades, malgré son état d'agitation et avant que la médication calmante qui venait de lui être administrée ait produit ses effets, constitue une faute de service ; CAA Paris, 11 juillet 1997, *Mme Bourguignon / CH René Dubos*, op. cit. : le juge de fond a considéré que « même que le patient aurait reçu les soins médicaux rendus nécessaires par son état et que le service hospitalier n'aurait pas eu connaissance des tentatives de suicide du patient, que l'absence totale de surveillance particulière de nature à prévenir une fuite inopinée constitue, par elle-même, une faute dans l'organisation du service psychiatrique de l'hôpital ».

⁵⁰¹ CE, Sect., 14 juin 1963, *Dame Veuve Delecluse*, Rec. CE, 1963, p. 374.

⁵⁰² Fenêtres, escaliers, portes, etc.

⁵⁰³ CE, 27 février 1985, *CHR de Tarbes / Époux Metge*, Rec. CE, 1985, p. 768 ; CE, 10 avril 1970, *Sieur X. / CH de Georges Renon à Niort*, Rec. CE, 1970, p. 238 : le fait d'accueillir dans les mêmes locaux des malades potentiellement dangereux et d'autres usagers du service est susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement.

révèlent ainsi tant un défaut de surveillance qu'un aménagement défectueux des locaux constitutif d'un défaut d'organisation du service de nature à engager la responsabilité [...] »⁵⁰⁴.

En revanche, dans une espèce très intéressante, on peut citer l'arrêt de cette même juridiction administrative qui, sur ce même critère, exonère l'établissement de toute responsabilité du fait de la défenestration d'une patiente. Les juges ont considéré qu'un placement de la malade dans une chambre dont les fenêtres étaient verrouillées bien que l'établissement ait pris en compte l'état de santé de la malade, lors de son transfert au service d'ophtalmologie, tant sur le plan physiologique qu'en raison de son comportement qui pouvait laisser penser qu'elle pouvait, à nouveau, tenter de se suicider n'était pas constitutive, eu égard aux caractéristiques de l'établissement, d'un défaut d'aménagement des locaux⁵⁰⁵.

Au terme de cette étude jurisprudentielle, la conclusion qui s'impose est celle de l'incertitude totale sur la notion juridique d'obligation de surveillance qui, suivant les circonstances, conduit ou non à la responsabilité de l'établissement hospitalier pour le suicide d'un patient en hospitalisation libre, des circonstances qui, comme vérifié dans les arrêts étudiés, influent sur la décision des juges. Aussi, ne nous étonnons pas si, dans des affaires très similaires, la solution juridictionnelle peut ne pas l'être. Et, les exemples de divergences juridictionnelles sont nombreux.

En définitive, on retiendra que les juges font une appréciation *in concreto*, c'est-à-dire au cas par cas et que leur réponse peut varier en fonction des faits de l'espèce. En la matière, malheureusement, le Conseil d'État français n'a pas pu mettre l'ordre, d'abord parce que peu d'affaires de ce domaine lui sont déférées et ensuite parce qu'il lui serait bien difficile d'harmoniser ce droit tant il est fonction de l'espèce. Toujours en matière des locaux et du matériel, le patient traité au sein de l'hôpital doit pouvoir compter sur un parfait état de fonctionnement et d'entretien de ceux-ci.

⁵⁰⁴ CAA Nancy, 29 janvier 1998, *Centre de soins et d'hygiène mentale Ulysse Trélat*, n° 95NC00177, Inédit au recueil Lebon.

⁵⁰⁵ CAA Nancy, 27 janvier 2005, *CHU de Nancy*, n° 00NC00459, Inédit au recueil Lebon. Dans le même sens voir : CAA Marseille, 25 janvier 2007, *Mme Andrée X. / CH de la Fontonne d'Antibes et la société hospitalière d'assurances mutuelles*, n° 05MA01245, Inédit au recueil Lebon.

Troisièmement, en matière d'asepsie, la jurisprudence française a fait peser des obligations très fortes sur les établissements de santé, publics et privés, qui se rapprochent d'une obligation de résultat. L'hygiène des hôpitaux doit être irréprochable et leur responsabilité peut être engagée en cas d'infection avec, depuis 2002, un fondement législatif particulier dont sa mise en œuvre est assez complexe⁵⁰⁶. Le juge du fonctionnement de l'hôpital est conduit à pénétrer, avec l'aide des parties et des experts, dans le fonctionnement des services et à porter son regard jusqu'au sein des blocs opératoires. Ce sont ainsi les règles d'organisation, l'état des moyens dont dispose tel ou tel service mais aussi les conséquences des rapports humains sur le fonctionnement du service public hospitalier qui viennent au prétoire⁵⁰⁷.

Quatrièmement, la coordination entre les services de l'établissement est un point délicat du fonctionnement des services hospitaliers. Absence de transmission du dossier, mauvais passage d'informations d'un service à un autre, les sources de difficultés et de fautes potentielles sont nombreuses. Ainsi, le juge peut sanctionner de tels dysfonctionnements lorsqu'ils entraînent un retard à faire examiner un patient, privant un praticien d'informations déterminantes pour un examen ou une intervention ultérieurs ou au contraire conduisent à prendre une décision erronée⁵⁰⁸.

La responsabilité du service hospitalier peut ainsi être engagée à raison d'actes qui relèvent plus de la gestion administrative que de l'art de la médecine, dès lors que ces erreurs ont eu des conséquences sur l'état de santé du patient. Tout manquement de nature administrative qui est l'origine directe d'un dommage est susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement. Il en va ainsi de l'erreur commise dans la transcription d'une fiche médicale⁵⁰⁹ ou de l'erreur d'un centre de transfusion sanguine fournissant un sang d'un groupe différent de celui qui lui avait été demandé⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Voir *Infra*, la responsabilité des infections nosocomiales dans la jurisprudence et la législation françaises.

⁵⁰⁷ CE, 21 mai 2008, *Mme Françoise V.*, n° 276357, Inédit au recueil Lebon : Une mésentente entre les infirmières et le praticien hospitalier.

⁵⁰⁸ CE, 11 janvier 1988, *Époux Pichery*, Rec. CE, 1988, Tables, p. 883 : cas de non-transmission au médecin hospitalier d'une lettre du médecin traitant ; CE, 09 décembre 1988, *Bazin*, Rec. CE, 1988, Tables, p. 1018 : pour un service n'informant pas un autre de la présence de germes pathogènes ; CE, 25 juillet 2007, *CHG d'Avignon*, n° 274682, Inédit au recueil Lebon : pour une décision de transfert d'un établissement à un autre.

⁵⁰⁹ CE, 08 janvier 1959, *Chirpatris et CH de Mans*, Rec. CE, 1959, p. 19, AJDA 1959, p. 96.

⁵¹⁰ TC, 14 février 2000, *Ratinet*, JCP 2001, éd. G, II, 10584 ; CE, 06 octobre 1976, *Société clinique chirurgicale de la Maison Rose*, Rec. CE, 1976, p. 397 ; CE, 02 décembre 1987, *Commissaire de la République délégué pour la police de Paris / Mme Achard*, n° 52797, Inédit au recueil Lebon.

Le retard dans la réalisation d'un examen ou d'une intervention est sanctionné par le juge lorsqu'il est la source d'accidents ou à l'origine de l'aggravation de l'état des patients⁵¹¹. Cette sanction est comparable à celle que le juge pénal inflige sur le terrain de la non-assistance à personne en danger. Ce retard peut être caractérisé lorsque l'équipe soignante tarde à examiner un patient qui présente des symptômes alarmants⁵¹², à prévenir le praticien responsable⁵¹³ ou à envisager une thérapeutique adaptée⁵¹⁴.

De même la gestion des archives des hôpitaux est également délicate, notamment du fait de l'allongement des délais de prescription qui permet désormais à la victime d'un accident médical de chercher à faire valoir ses droits sur une période plus longue. Dans ce sens, la destruction des enregistrements des appels téléphoniques passés au SAMU est susceptible d'engager la responsabilité du service public hospitalier⁵¹⁵.

Section 2. L'obligation *in solidum*, un atout pour la victime

L'obligation *in solidum* signifie que « l'auteur de l'une des causes d'un dommage est tenu d'assurer la réparation intégrale de celui-ci vis-à-vis de la victime, sous la seule réserve d'un recours ultérieur contre les autres coauteurs »⁵¹⁶. L'opposition entre droit administratif et droit civil en matière d'obligation *in solidum* est bien connue : elle fait figure d'exception dans le premier et règne en principe dans le second. En réalité, dans le domaine de la responsabilité hospitalière, l'opposition mériterait sans doute plus de nuance.

D'une part, l'obligation *in solidum* a subi en droit civil certaines « vicissitudes historiques » qu'il ne faut pas négliger⁵¹⁷. D'autre part, si le droit administratif semble rétif à la reconnaissance d'une telle obligation pour les coauteurs d'un dommage et exige de la victime qu'elle ne demande à chaque coauteur que la part de réparation correspondant à sa part de responsabilité, les exceptions se multiplient cependant. En principe, en matière de

⁵¹¹ CE, 28 mai 1971, *CH de Reims*, op. cit. : le fait que le transfert nécessaire vers un autre hôpital mieux équipé ne soit pas assuré dans les délais normaux.

⁵¹² CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous- sect. réunies, *Mlle Reynier*, JCP 1999, éd. G., IV, 1554 : Absence d'examen rapide par un chirurgien, alors que l'intéressée était rentrée en urgence à l'hôpital à la suite de chutes de cheval et souffrait de manière croissante des mollets et du genou ; CE, 25 juillet 1986, *Mme Nogueira*, Rec. CE, 1986, Tables, p. 705.

⁵¹³ CE, 24 avril 1964, *Hôpital-hospice de Voiron*, Rec. CE, 1964, p. 259 ; CE, 13 octobre 1982, *CH de Bastia*, Rec. CE, 1982, Tables, p. 741.

⁵¹⁴ CE, 07 janvier 1976, *Lederer*, Rec. CE, 1976, Tables, p. 1114.

⁵¹⁵ CAA Marseille, 25 juin 2009, *Mme Evelyne Lévy et autres*, AJDA 2009, p. 1911.

⁵¹⁶ G. VINEY, P. JOURDIN, *Traité de droit civil*, LGDJ 2006, p. 290.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 300 et s.

responsabilité extracontractuelle pour faute, en dehors du cumul de responsabilité d'une personne publique et de son agent, un effet exonératoire est généralement reconnu au fait du tiers. En réalité, la jurisprudence administrative est marquée par l'inconstance : elle a admis diverses hypothèses d'application de l'obligation *in solidum* au cours de périodes plus ou moins favorables au procédé.

Dans la période récente, l'obligation *in solidum* a surtout été reconnue dans des cas de collaborations de personnes publiques⁵¹⁸, notamment en matière médicale. Lorsque plusieurs personnes juridiques collaborent à la même activité, il est d'autant plus difficile pour le requérant d'identifier exactement celle à qui est imputable la faute ou le fait dommageable. Conscient de cette difficulté, le juge administratif, notamment français, permet à la victime de bénéficier d'un droit d'option pour engager une action en responsabilité contre l'une ou l'autre des personnes en présence, en mettant en évidence l'étroite collaboration dans l'exécution du service public hospitalier par celles-ci (§ 1).

Dans de très nombreux cas, la victime d'un dommage médical sera passée entre les mains de plusieurs praticiens, de plusieurs services, voire de plusieurs établissements distincts, au sein du service public et même dans le secteur privé. L'activité médicale est donc particulièrement riche en hypothèses de coactions. Dès lors, « en cas de contentieux, le juge cherche à atténuer pour le requérant les contraintes liées à la pluralité d'intervenants, publics comme privés »⁵¹⁹. On peut l'illustrer par des cas où il ne s'agissait pas d'une collaboration mais d'une succession de fautes commises au sein de plusieurs établissements de santé qui engagent la responsabilité solidaire à la réparation de l'entier dommage de la victime (§ 2).

§ 1. La collaboration étroite dans l'exécution du service public hospitalier

Dans tous les arrêts où le Conseil d'État français constate l'existence d'une collaboration entre personnes juridiques en matière médicale, une obligation *in solidum* est imposée entre ces personnes en tant que coauteurs du même dommage. Plus précisément, le juge administratif met particulièrement en évidence la collaboration entre ces responsables potentiels afin de justifier le recours à la solidarité. Le juge administratif souligne l'imbrication des activités des coauteurs jusqu'à constater que leurs agissements sont difficilement dissociables et qu'ils sont donc solidaires.

⁵¹⁸ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 2001, p. 1279 et s.

⁵¹⁹ Maugüe Christine, Thiellay Jean-Philippe, *La responsabilité du service public hospitalier*, op. cit. p. 34.

La notion de collaboration apparaît ici comme le fondement de la solidarité entre les coauteurs (A), formule que le Conseil d'État français a étendu au cas concernant des personnes juridiques lors d'affaires relatives à la contamination de personnes hémophiles par le virus du Sida (B).

A. La collaboration entre les coauteurs, fondement de la solidarité

Lorsque la victime d'un préjudice agit devant la juridiction administrative, elle doit établir quel est le débiteur de l'indemnité à laquelle elle prétend, ce qui peut présenter des difficultés incontestables lorsqu'au moins deux débiteurs potentiels interviennent conjointement en matière hospitalière. Aussi, le juge administratif, pour faciliter l'action de la victime, prenant en compte un objectif d'équité, estime-t-il que cette dernière peut attaquer une seule personne publique débitrice. L'arrêt du Conseil d'État du 13 juillet 1962 *Lastrajoli* est significatif en la matière car les conclusions du Commissaire du gouvernement Méric ont permis de mesurer le fort degré de collaboration entre deux personnes publiques, l'État et le département, pour un même service public⁵²⁰.

Dans cette affaire, deux enfants sont morts à la suite d'une séance de vaccination collective contre la variole, la diphtérie et le tétanos. L'État ayant été condamné en première instance à indemniser les parents *Lastrajoli*, le Ministre de la Santé fit appel du jugement du tribunal administratif en considérant que la personne publique responsable était le département (qui organise matériellement le service et en assure la bonne et complète exécution) et non l'État (qui détermine les règles d'organisation du service vaccinal).

Dans ce contexte, le Commissaire du gouvernement Méric a tout d'abord précisé les critères qui permettent d'identifier la personne publique responsable lorsque plusieurs personnes sont concernées. Il affirme d'abord que la collectivité publique responsable est celle dont la compétence juridique embrasse l'activité en cause, celle qui exerce par l'intermédiaire de ses représentants le pouvoir de décision dans la matière qui fait l'objet de cette activité. Il précise ensuite que le rattachement administratif des agents et du matériel qui ont contribué à causer le dommage est sans influence sur la détermination de la collectivité

⁵²⁰ CE, 13 juillet 1962, *Ministre de la Santé publique et de la population / Sieur Lastrajoli*, Rec. CE, 1962, p. 507 ; Conclusions Méric sur CE, 13 juillet 1962, *Ministre de la Santé publique / Sieur Lastrajoli*, RDP, 1962, p. 975.

responsable⁵²¹. Toutefois, la compétence d'une personne publique peut être définie de manière très large.

Ensuite, le Commissaire du gouvernement observe que le juge doit se référer, en cas d'hésitation, à l'intérêt de la collectivité visée par l'activité : c'est-à-dire qu'il doit déterminer si telle activité bénéficie par exemple plutôt à la collectivité départementale, ou plutôt à la collectivité nationale. Or, dans cette affaire, le recours à l'intérêt visé par le service des vaccinations ne permet pas non plus de dissocier les deux collectivités publiques. La confusion n'est cependant pas totale entre les deux collectivités, car si les autorités de l'État élaborent, dans ce domaine, la réglementation nationale, le département quant à lui organise le service et assure l'exécution des vaccinations. Il y a donc bien une division du travail entre les deux personnes publiques qui agissent de manière conjointe pour le service des vaccinations.

Le raisonnement du Commissaire du gouvernement Méric a été suivi dans toutes ses étapes par l'Assemblée plénière du Conseil d'État français. Celle-ci considère qu'en raison de l'étroite collaboration instituée en la matière, la réparation de l'intégralité des conséquences dommageables des accidents survenus au cours ou à la suite de séances publiques de vaccination peut être poursuivie par les victimes ou leurs ayants droit à l'encontre soit de l'État, soit du département. Ainsi, l'État et le département sont coauteurs du dommage produit par une activité qu'ils gèrent en commun et cette coaction est déduite de la collaboration expressément mise en évidence par le juge. Depuis la loi française du 1^{er} juillet 1964, cette solution contentieuse n'a toutefois plus lieu d'être. En effet, le législateur français a affirmé la responsabilité de l'État en l'absence de toute faute pour tout dommage dû à une vaccination obligatoire.

Dans le même contexte, par une affaire significative et récente⁵²², issu de la collaboration étroite des personnes juridiques dans l'exécution du service public, le Conseil d'État français a engagé la responsabilité solidaire des deux personnes juridiques concernées ou l'une de celles-ci pour une faute commise à l'occasion du transfert d'un patient d'un hôpital vers un autre.

⁵²¹ *Ibidem*.

⁵²² CE, 18 février 2010, *Consorts Aujollet*, AJDA 2010, p. 357.

Dans les faits, M. Aujollet avait été transporté aux urgences du centre hospitalier du Pertuis le 23 février 1998 vers 22h30, où un infarctus du myocarde associé à une pneumopathie fut diagnostiqué. Après avoir pris contact avec le CH d'Aix-en-Provence, les médecins décidèrent de le transférer vers ce centre. Mais alors que le service mobile d'urgence et de réanimation (SMUR) avait été appelé à 0h 15, le patient ne fut admis qu'à 3h 15 au centre, où une angioplastie fut effectuée en urgence. À la suite du décès de M. Aujollet, le 13 mars suivant, ses ayants droit ont recherché la responsabilité du CH de Pertuis.

Le Conseil d'État a jugé que, « *eu égard à la collaboration étroite que les dispositions [des articles R. 712-63, R. 712-72 et R. 712-71-1 du code de la santé publique, dans leur rédaction alors en vigueur] organisent entre le SAMU, les SMUR et les services d'accueil et de traitement des urgences, la victime d'une faute commise à l'occasion du transfert d'un patient d'un établissement de santé vers un autre peut, lorsque les services impliqués dépendent d'établissements de santé différents, rechercher la responsabilité de l'un seulement de ces établissements ou leur responsabilité solidaire, sans préjudice des appels en garantie que peuvent former l'un contre l'autre les établissements ayant participé à la prise en charge du patient* »⁵²³.

Toujours dans la même affaire, la Haute juridiction a ainsi estimé « *qu'en se fondant sur la circonstance que le délai qui s'est écoulé entre le moment où le service d'accueil et de traitement des urgences du CH de Pertuis a fait appel à un SMUR [...] et celui où le patient [...] est arrivé à destination, n'aurait pas été imputable au CH de Pertuis pour en déduire que ce délai n'était pas susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier à l'égard des requérants, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'une erreur de droit* »⁵²⁴.

Cependant, il est possible, lors de l'action récursoire, de constater que la personne condamnée est intégralement remboursée par l'autre collectivité. Il convient, en effet, de rappeler que si une action contentieuse est mal dirigée, le moyen d'ordre public selon lequel les personnes publiques ne peuvent pas être condamnées à réparer ce qu'elles ne doivent pas viendrait purement et simplement compromettre l'action de la victime⁵²⁵. Ce décalage entre

⁵²³ *Ibidem.*

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ CE, sect., 10 avril 1970, *Société méditerranéenne d'assurances le Sou médical*, Rec. CE, 1970, p. 245.

l'obligation à la dette du débiteur primaire et la contribution à la dette de l'auteur véritable montre que les coresponsables ne sont pas nécessairement coauteurs. Cette solution jurisprudentielle, qui répond d'abord à des considérations d'équité, perdure à travers un nouveau contentieux lié à la contamination de personnes hémophiles par le virus du Sida lors de transfusions sanguines.

B. La reconnaissance jurisprudentielle de la collaboration étroite en matière de transfusion sanguine

Parmi les nombreux recours devant les diverses juridictions françaises qui résultèrent de contaminations par le virus du Sida, des recours de personnes hémophiles furent adressés en 1991 aux juridictions administratives. Le tribunal administratif de Paris fut ainsi saisi par plusieurs centaines d'hémophiles de demandes de condamnations de l'État, fondées sur le retard de ce dernier à mettre en place les mesures nécessaires pour faire face à la contamination. Par trois jugements de principe du 20 octobre 1991, le tribunal administratif de Paris a retenu la responsabilité pour faute de l'État dans l'exercice de son pouvoir de réglementation des produits sanguins⁵²⁶.

Ensuite, l'appel du ministre des affaires sociales a conduit la cour administrative d'appel de Paris à confirmer la solution des juges de première instance. Cependant, elle modifie le terrain de la responsabilité invoquée, en considérant que seule une faute lourde peut permettre de retenir la responsabilité de l'État. Cette faute lourde existe bien en l'espèce selon la cour qui met en valeur les difficultés inhérentes à l'exercice du pouvoir de réglementation des produits sanguins⁵²⁷.

Les hémophiles concernés saisirent cependant le Conseil d'État français d'un pourvoi en cassation. En effet, deux d'entre eux ont été déboutés car ils avaient été contaminés avant la date servant de point de départ à la responsabilité de l'État ; quant à *M. Z.*, une expertise devait déterminer si sa séropositivité était en relation directe et certaine avec l'administration de produits dérivés du sang qui lui avaient été administrés.

⁵²⁶ TA Paris, 20 décembre 1991, *M. D., M. G. et M. B.*, RFDA 1992, p. 552.

⁵²⁷ CAA Paris, 16 juin 1992, *Ministre des affaires sociales et de l'intégration / MM. X. Y. et Z.*, LPA, 24 juillet 1992, p. 8.

À la suite de ce recours en cassation⁵²⁸, le Conseil d'État français a étendu le champ des hypothèses de collaboration étroite entre personnes juridiques qu'il avait déjà reconnu dans sa jurisprudence. Il analyse le double rôle de l'État : celui-ci est non seulement chargé du contrôle des centres de transfusion, mais aussi de la réglementation des produits sanguins. Le ministre de la Santé se voit confier plusieurs pouvoirs : il délivre un agrément aux établissements autorisés à préparer les produits sanguins, il désigne les établissements qui pourront ensuite recevoir en dépôt ces produits et réglemente par arrêté la délivrance du sang, de son plasma et de leurs dérivés, il désigne également les personnes chargées de contrôler la préparation, la conservation et la qualité de ces substances. Ces pouvoirs ont permis au Commissaire du gouvernement Legal de conclure que, si l'État ne participe pas directement aux opérations mettant en œuvre des produits sanguins, il a cependant la charge « *de les réglementer, d'en assurer le contrôle et de conserver une maîtrise sur la structure du réseau d'établissements qu'il autorise à s'en acquitter* »⁵²⁹. Quant aux conditions de la responsabilité, le Conseil d'État n'a pas suivi la cour d'appel sur la question de la gravité des fautes requises : selon lui, la faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'État.

Par contre, le Conseil d'État s'est également démarqué du raisonnement de la cour administrative d'appel de Paris sur un autre aspect du litige. La cour a en effet admis la possibilité pour l'État de s'exonérer partiellement de sa responsabilité en invoquant les fautes commises par les centres de transfusion sanguine. Ainsi, le fait du tiers, chargé de la prescription et de la délivrance des produits sanguins contaminés, apparaît comme une cause exonératoire de responsabilité.

Comme dans la jurisprudence antérieure évoquée, le Conseil d'État va ici refuser de procéder à un tel partage de responsabilité. Il considère qu' « *eu égard tant à l'étendue des pouvoirs des services de l'État en ce qui concerne l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, le contrôle des établissements qui sont chargés de son exécution et l'édition des règles propres à assurer la qualité du sang humain, de son plasma et de ses dérivés, qu'aux buts en vue desquels ces pouvoirs leur ont été attribués, la responsabilité de l'État ne peut être engagée par toute faute commise dans l'exercice desdites attributions ; qu'en outre, dans le cas où cette responsabilité serait engagée, l'État ne pourrait s'en exonérer, compte tenu de l'étroite collaboration et de la répartition des compétences* »

⁵²⁸ CE, ass., 09 avril 1993, *M. D.*, Rec. CE, 1993, p. 110, concl. Legal.

⁵²⁹ Conclusions Legal sur CE, 9 avril 1993, *M. D.*, Rec. CE, 1993, p. 312.

instituées entre ses services et les établissements de transfusion sanguine, en invoquant des fautes commises par lesdits établissements »⁵³⁰.

Nous constatons en la matière que le Conseil d'État français a considéré manifestement que les personnes juridiques qui contribuaient à ce service sont des coauteurs, difficilement séparables dans leur rôle respectif dans l'origine du dommage. Il faut d'ailleurs remarquer que les rôles des coauteurs peuvent être d'une nature très différente : l'État ayant un pouvoir de réglementation et de contrôle du service, tandis que les centres de transfusion sanguine, eux, mettent véritablement en œuvre ce service public. Ainsi, cette relation entre l'État et les centres de transfusion sanguine s'apparente à une interférence fonctionnelle verticale due à la tutelle. Pour le juge administratif français, elle mérite d'être qualifiée de collaboration même si ce dernier n'a pas utilisé expressément ce terme.

Pour ce même service public de transfusion sanguine, le Conseil d'État a également mis en évidence, de manière explicite, le rôle de coauteurs de plusieurs centres de transfusion sanguine ayant élaboré les produits sanguins à l'origine d'une contamination⁵³¹. Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, le recours de la victime est facilité par l'obligation au tout de la personne poursuivie. Le raisonnement du juge consiste à admettre en l'absence de preuve contraire, que l'ensemble des produits fournis par les différents centres étaient contaminés et qu'ainsi chacun des centres doit être regardé comme coauteur du dommage.

Par ailleurs, le Conseil d'État français précise les voies de recours ouvertes entre les centres de transfusion : *« la personne publique mise en cause devant le juge administratif doit être tenue pour responsable de l'ensemble des dommages subis par la victime et condamnée à les réparer si elle n'établit pas l'innocuité des produits qu'elle a elle-même élaborés, sans préjudice de la possibilité pour elle, si elle s'y croit 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 »⁵³²*. Il convient également de préciser que la loi française du 1^{er} juillet 1998 a confié les opérations de collecte, de préparation et de distribution des produits sanguins à un

⁵³⁰ CE, ass., 09 avril 1993, *M. D.*, op. cit.

⁵³¹ CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réunies, 15 janvier 2001, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, JCP 2001, éd. G, n° 42, IV, 2775.

⁵³² CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réunies, 15 janvier 2001, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, op. cit.

opérateur unique : l'Établissement français du sang. Par conséquent, les difficultés liées à la pluralité des fournisseurs disparaissent.

Au surplus, la jurisprudence administrative française a admis une autre forme de collaboration dans le même service public de transmissions sanguines. Celle-ci est construite sur la notion de succession des fautes des coauteurs où leurs rôles se manifestent de façon complémentaire et non similaires comme procédé. Ainsi, des évolutions juridiques théoriques ont été maintenues récemment par la jurisprudence administrative française par rapport au fondement sur lequel l'obligation *in solidum* est assise.

§ 2. L'obligation *in solidum*, une garantie pour la victime

La justification de l'obligation *in solidum* par l'indivisibilité du lien de causalité, pour une partie minoritaire de la doctrine⁵³³, a été présentée de façon plus ou moins catégorique. Pour certains, il s'agirait d'une véritable nécessité rationnelle. Ainsi, selon M. François Chabas, chaque auteur est tenu au tout parce qu'il a causé le tout et qu'il est inconcevable qu'on puisse causer moins que le tout. Et de citer les frères Mazeaud : « *Du moment que l'intervention de l'un a joué dans la réalisation du dommage un rôle suffisant pour être considéré comme la cause, c'est tout le dommage qu'il a causé* ». En conséquence, l'obligation *in solidum* n'apparaît pas comme une institution juridique créée mais s'impose par la force même des choses.

Sans prendre une position aussi radicale, Boris Starck s'est rallié également à une conception voisine, mais pour une raison toute pragmatique. En effet, constate-t-il, « *il existe aucun critère concevable pour apprécier l'influence causale de divers facteurs ayant contribué à provoquer le dommage* »⁵³⁴. Cet auteur considère donc la division de la causalité comme impossible non pas en logique pure, mais en pratique.

Les nuances qui viennent d'être signalées ne sont certes pas sans répercussion sur la détermination des applications de l'obligation *in solidum*. Tandis que M. Chabas affirme, par exemple, qu'elle doit jouer même contre l'auteur dont le fait n'a contribué qu'à aggraver le

⁵³³ Esmein Paul, « Peine ou réparation », *Mélanges Huguéney*, Tome II, p. 37 et s ; voir également dans le même sens, Pierre KAYSER, « *La solidarité en cas de faute* », *Revue critique*, 1931, p. 197.

⁵³⁴ Boris STARCK, « *La pluralité des causes de dommages et la responsabilité civile* », *JCP* 1970, éd. G, I, 2339.

dommage, B. Starck exclut cette hypothèse⁵³⁵. Cependant, dans l'ensemble, les solutions proposées par ces auteurs se recoupent très largement. Ils admettent que l'obligation *in solidum* s'applique automatiquement et sans condition à toute personne à laquelle est imputée l'une des causes juridiques du dommage⁵³⁶.

En revanche, on peut opposer, parmi les auteurs qui ont étudié le plus attentivement cette institution juridique, ceux qui la justifient par l'indivisibilité du lien de causalité à ceux qui en font une garantie de la victime. C'est en partant d'une comparaison avec l'institution évidemment très proche de la « solidarité passive » que certains auteurs⁵³⁷ ont proposé de justifier l'obligation *in solidum* par le souci de protéger la victime, sans recourir à la notion de causalité. Cette logique évite la gêne et les aléas d'une division des poursuites entre plusieurs coauteurs dont certains peuvent être insolvables ou difficiles à atteindre.

En conséquence, les auteurs qui se rattachent à cette tendance tirent de cette explication des conséquences quant au domaine de l'obligation *in solidum* qui diffèrent sensiblement de celles que prônent les partisans de la justification par l'indivisibilité du lien de causalité. L'institution de l'obligation *in solidum* déborde largement l'hypothèse d'un dommage imputable à plusieurs causes. Elle est en effet fréquemment admise non seulement lorsque le dommage est dû à une seule cause dont on ne parvient pas à identifier l'auteur, mais aussi au détriment de personnes auxquelles n'est imputé aucun rôle causal dans la réalisation du dommage⁵³⁸.

En effet, cette institution ne répond, d'après ce courant doctrinal, ni à un impératif logique irréfutable ni à une nécessité pratique impérieuse. Elle leur apparaît même comme une dérogation au principe, qu'ils jugent naturel, de la division des responsabilités en fonction de la pluralité des causes. Cette optique les amène généralement à préconiser une limitation de son domaine, certains allant jusqu'à souhaiter sa disparition⁵³⁹. Néanmoins, la responsabilité solidaire des personnes juridiques publiques en matière hospitalière voit ces dernières années une croissance persistante. Le Conseil d'État français n'hésite pas à l'admettre à chaque

⁵³⁵ Cité par Geneviève VINEY et Patrice JOURDIN in, *traité de droit civil*, « les conditions de la responsabilité », LGDJ, 2006, p. 292.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ Radouant Jean, Dalloz, 1961, p. 681 ; J. Boré, JCP 1971, éd. G, I, 2369 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, LGDJ, 1979 ; J. Flour, J-L Aubert et É. Savaux, etc.

⁵³⁸ Par exemple, l'assureur de responsabilité est tenu *in solidum* avec l'assuré envers la victime.

⁵³⁹ Jean-Patrick Brunet, « *Observations critiques sur l'obligation in solidum en responsabilité délictuelle* », *Gaz. Pal.*, 1965, 2, doc., p. 75 ; Jean Radouant, notes, *D.*, 1958, p. 73 et *D.*, 1961, p. 681.

occasion où sa mise en vigueur devient un atout pour la victime. Ceci est notamment dans des cas de pluralité d'interventions médicales où la responsabilité solidaire n'est pas fondée que sur la notion d'une garantie (A), voire dans des cas où les actes médicaux concernés n'ont pas le même objet médical (B).

A. Pluralité d'interventions médicales et obligation *in solidum*

Outre le fondement de la collaboration étroite entre les personnes juridiques, le Tribunal des conflits français, dans l'affaire *Ratinet*, a jugé dans le sens d'une responsabilité solidaire en cas de succession d'une faute commise au sein d'un centre de transfusion sanguine puis d'une faute d'un médecin anesthésiste dans une clinique. Les activités des deux établissements étaient distinctes mais la première avait rendu possible la seconde.

En l'espèce, Il résulte de l'instruction et notamment du rapport de l'expert que le défaut de transcription dactylographique des résultats du groupage du sang du requérant et, plus encore, l'interversion des résultats des groupages concernant respectivement l'intéressé et un autre patient, révèlent un défaut d'organisation et de fonctionnement qui est de nature à engager la responsabilité à l'égard du requérant du centre hospitalier régional de Nancy dont dépend le centre de transfusion sanguine⁵⁴⁰.

Toutefois, il résulte également du même rapport d'expertise que le médecin anesthésiste qui avait reçu du centre de transfusion sanguine quatre unités adultes de concentré globulaire, deux unités de plasma frais congelé, cinq filtres chauffants et quatre dispositifs destinés à vérifier la compatibilité des flacons transfusés, chaque flacon étant accompagné d'un carton « carte pour épreuve prétransfusionnelle » a procédé à un seul test de compatibilité à l'aide d'un des cartons tests, en dépit des mesures de précaution qui lui incombaient ; au demeurant, la circulaire ministérielle du 15 décembre 1965, dont il n'est pas contesté qu'elle a fait l'objet d'une diffusion auprès de l'ensemble des services d'hospitalisation publics et privés, met l'accent sur la nécessité de la vérification prétransfusionnelle du groupe sanguin qui doit constituer « la phase ultime et indispensable du contrôle » ; en outre, l'anesthésiste disposait du temps nécessaire pour pratiquer un tel contrôle avant l'heure prévue pour l'opération ; il suit de là que l'anesthésiste de la clinique traumatologique de Nancy a commis une faute qui est l'une des causes du préjudice dont le requérant demande réparation.

⁵⁴⁰ TC, 14 février 2000, *Ratinet*, RDSS 2001, p. 84.

Dès lors et pour les motifs précédemment indiqués faisant apparaître la faute imputable à l'anesthésiste, l'argumentation de ce dernier fondée sur les principes régissant la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ne saurait être retenue. Dans ces conditions, et au vu de l'ensemble des éléments mentionnés ci-dessus, le Tribunal des conflits a considéré qu'il sera fait une juste appréciation des circonstances de l'affaire en déclarant le centre hospitalier régional de Nancy responsable des trois-quarts du dommage consécutif à l'accident survenu au requérant et l'anesthésiste responsable de ce dommage à hauteur du quart.

En ce qui concerne les conclusions de M. Ratinet tendant à une condamnation *in solidum*, le Tribunal des conflits a jugé que « *chacun des coauteurs d'un même dommage, conséquence de leurs fautes respectives, doit être condamné in solidum à la réparation de l'entier dommage, chacune de ces fautes ayant concouru à le causer tout entier, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilités entre les coauteurs, lequel n'affecte que les rapports réciproques de ces derniers, mais non le caractère et l'étendue de leur obligation à l'égard de la victime du dommage ; qu'il suit de là que le requérant est fondé à demander la condamnation in solidum du Centre hospitalier régional de Nancy et de l'anesthésiste Mme Genton-Deloge* ».

Plus récemment, le Conseil d'État français a annulé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 28 juin 2007 qui aurait jugé que le décès du patient était imputable exclusivement à la faute concourue lors de l'intervention le 2 juin 1998 à la clinique Saint-Antoine⁵⁴¹. Dans le sens d'une jurisprudence administrative favorable à la victime, le juge français tend à chaque fois que c'est possible, à engager une responsabilité solidaire afin de garantir une indemnisation à la victime.

Dans les faits, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond et notamment du rapport d'expertise que M. Claude Ludwig, alors âgé de 43 ans, a été hospitalisé en urgence au centre hospitalier intercommunal de Fréjus-Saint-Raphaël le 13 septembre 1996 pour des douleurs abdominales ; que lors de l'intervention sous cœlioscopie réalisée dans cet établissement, le chirurgien a provoqué une plaie du pédicule rénal qui, selon l'expert, « a été négligée, voire dissimulée » et qui a rendu nécessaire une nouvelle intervention au cours de

⁵⁴¹ CE, 18 février 2010, *Consorts Ludwig*, AJDA 2010, p. 362.

laquelle il a été procédé à l'ablation du rein droit du patient ; que ce dernier a ensuite été transféré au centre hospitalier universitaire de Nice où un anévrisme du tronc cœliaque a notamment été découvert et traité efficacement par la pose d'un dispositif métallique ; que M. Ludwig a regagné son domicile le 28 octobre 1996.

Au surplus, M. Ludwig a subi le 12 juin 1998 à la clinique Saint-Antoine, établissement privé, une opération ayant notamment pour objet d'enlever un objet révélé par une radiographie et interprété comme une compresse oubliée au cours de l'une des interventions antérieures ; la tentative d'enlever cet objet, qui n'était autre que le dispositif métallique mis en place au centre hospitalier universitaire de Nice, a provoqué une grave hémorragie et le patient a présenté au cours de l'intervention une pancréatite aiguë suite à laquelle M. Ludwig décède le 13 juin 1998.

Dans son considérant de principe, le Conseil d'État français a mentionné qu'après avoir relevé que M. Ludwig était décédé d'une pancréatite aiguë post-traumatique consécutive à une dissection importante de la région cœliaque entreprise en raison d'un diagnostic erroné sur la présence d'un corps tissulaire, la cour administrative d'appel de Marseille a jugé que le dommage était exclusivement imputable à cette erreur. Le même arrêt constate cependant, conformément au rapport de l'expert, que les fautes commises lors de l'intervention pratiquée au centre hospitalier intercommunal de Fréjus-Saint-Raphaël le 13 septembre 1996 avaient entraîné, en raison de la néphrectomie qu'elles avaient rendue nécessaire, une insuffisance rénale qui avait aggravé l'état du patient lors de l'intervention pratiquée le 2 juin 1998 à la clinique Saint-Antoine.

Par conséquent, le Conseil d'État a considéré que en décidant de ne pas engager la responsabilité du centre hospitalier intercommunal de Fréjus-Saint-Raphaël, alors qu'il résultait de ses propres constatations que les fautes commises lors de l'intervention du 13 septembre 1996 avaient eu pour conséquence directe une insuffisance rénale qui avait fait perdre à l'intéressé une chance de survivre à l'intervention du 2 juin 1998, la cour administrative d'appel de Marseille avait commis une erreur de droit et que son arrêt devait être annulé.

Enfin, le juge administratif français a démontré en matière de responsabilité hospitalière un haut niveau de pragmatisme et de créativité illimitée, afin de rendre des jugements en toute

équité. Ce pragmatisme juridique lui permettra t-il d'admettre la responsabilité solidaire lorsque l'objet médical n'est pas le même ?

B. L'extension du domaine de l'obligation *in solidum*

Dans une affaire relativement récente⁵⁴², le Conseil d'État français affirme l'obligation *in solidum* des coauteurs dans une hypothèse où le dommage a été causé par des fautes de personnes différentes ayant agi de façon indépendante. En l'espèce, un étudiant en quatrième année de médecine se soumet, en mars 1995, à un examen obligatoire de médecine préventive, au sein de l'université de Bordeaux II à l'occasion duquel une radiographie pulmonaire est réalisée qui met en évidence des opacités. Associées aux réactions manifestées par l'intéressé aux injections de tuberculine, elles auraient dû conduire à prescrire des examens complémentaires pour diagnostiquer une tuberculose.

Trois ans plus tard, il accède à un poste de résident en médecine générale au centre hospitalier de Bordeaux après avoir été déclaré apte à exercer cette fonction sans qu'une radiographie pulmonaire n'ait été réalisée. En 2001, la tuberculose est enfin diagnostiquée alors qu'elle a atteint l'ensemble du poumon droit.

D'un point de vue juridique, l'originalité de l'espèce mérite d'être soulignée : le préjudice est en relation avec l'activité de deux personnes juridiques distinctes et publiques. Ces fautes qui ont fait manquer à *M. Madranges* deux occasions d'un diagnostic précoce de la tuberculose se sont succédées sans être liées dans la mesure où il ne s'agit ni d'une activité exercée en commun par les deux établissements ni d'un préjudice causé par la première faute et aggravé par la seconde.

La victime engage une action en responsabilité contre la seule université. Le jugement du tribunal administratif de Bordeaux a admis la responsabilité de celle-ci en considérant que la faute commise par le service de médecine préventive est à l'origine de l'intégralité du préjudice et que cet établissement ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la faute des services du CHU de Bordeaux. En revanche, la cour administrative d'appel de Bordeaux, saisie par l'université, considère que celle-ci « *peut utilement se prévaloir, pour s'exonérer partiellement ou totalement de sa propre responsabilité à raison de l'erreur de*

⁵⁴² CE, 02 juillet 2010, *M. Madranges*, RGDM, 2010, n° 37, p. 478.

diagnostic commise par son service de médecine préventive, de l'absence de diagnostic de la tuberculose de M. Madranges le 25 septembre 1998 »⁵⁴³.

Le Conseil d'État censure le raisonnement de la cour pour erreur de droit avant de renvoyer l'affaire devant la même juridiction. La décision du Conseil d'État considère en effet que « *l'erreur de diagnostic commise par le service de médecine préventive de l'université, qui avait alors privé l'intéressé de la possibilité d'être informé de la maladie dont il était porteur et de la traiter, portait normalement en elle le dommage au moment où elle s'est produite* ». Ainsi, l'arrêt contient un considérant de principe en reconnaissant une obligation *in solidum* des coauteurs d'un dommage.

D'ailleurs, en l'espèce, les deux fautes sont indépendantes comme le sont les activités des deux établissements publics concernés : il n'y a ni collaboration entre le service de médecine préventive et le CHU de Bordeaux ni influence de la faute du premier sur celle du second. D'où la rédaction adoptée pour le considérant de principe de cet arrêt : « *lorsqu'un dommage trouve 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 peut 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* »⁵⁴⁴.

À cette occasion, nous constatons que le juge administratif a étendu le champ de l'obligation *in solidum* en matière de responsabilité hospitalière pour faute à une hypothèse où les activités et les fautes à l'origine du dommage sont nettement distinctes. Nous observons en la matière un parallélisme avec le droit privé où le principe d'obligation *in solidum* pour les coauteurs du dommage, en situation de collaboration ou non, est affirmé.

⁵⁴³ CAA Bordeaux, 04 novembre 2008, *Université de Bordeaux II*, n° 07BX01817, Inédit au recueil Lebon.

⁵⁴⁴ CE, 02 juillet 2010, *M. Madranges*, op. cit.

Conclusion

Force est de reconnaître la force du droit de la responsabilité hospitalière grâce à la richesse du droit administratif en général et du droit de la responsabilité administrative en particulier. Á chaque fois que l'on a l'impression de l'inefficacité du droit de la responsabilité administrative pour servir le juge administratif à faire face aux situations juridiques nouvelles et délicates afin de juger en équité, ce dernier nous surprend.

Ainsi, la mise en œuvre de la faute simple pour engager la responsabilité du service d'aide médicale d'urgence l'atteste. Ce service est connu depuis toujours par la difficulté de son exécution ce qui conduisait la jurisprudence administrative à n'engager la responsabilité de la personne publique que sur la faute lourde.

Le pragmatisme du juge administratif prétorien a permis à ce dernier d'apporter les remèdes efficaces aux cas dramatiques devant lesquels le juge administratif se trouvait. Celui-ci qualifiait fréquemment la faute commise comme un défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier au lieu de la qualifier de faute médicale, et puis une faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'établissement public de santé. De même le juge administratif a pu atténuer la difficulté voire l'impossibilité, dans quelques cas, d'apporter la preuve en matière médicale au regard de sa complexité. Il a recouru à la théorie de la présomption de faute pour certains préjudices médicaux issus des actes de soins courants et bénins.

Ce perfectionnement juridique est couronné par l'acceptation par le juge administratif de l'engagement de la responsabilité administrative solidaire, alors que les personnes publiques concernées ne collaboraient pas au même objet de l'acte médical. La notion de responsabilité administrative *in solidum* fonctionne comme une garantie décidée par le juge hors tout cadre de causalité. Est-il demandé de réparer à n'importe quel prix ?

Á notre sens, cette position jurisprudentielle peut entrer en conflit avec un principe général du droit fort reconnu dans la littérature juridique française, celui du principe de la sécurité

juridique. La primauté de la réparation des victimes de l'acte médical à tout prix ne permet il pas à la réparation de fonctionner comme si elle devenait le principe juridique sur lequel le juge administratif doit nécessairement fonder son jugement ?

Encore une fois, tous les indices confirment notre conviction que le service public hospitalier est observatoire du service public et laboratoire de solutions nouvelles. Dans la deuxième partie, la question de l'indemnisation des victimes des actes médicaux sera envisagée dans une perspective hors l'institution de la responsabilité.

Deuxième partie

Les perspectives d'une indemnisation des préjudices médicaux hors l'institution de la responsabilité médicale

L'expression de « la réparation du dommage médical », à elle seule, reflète le changement de perspective qui s'est produit ces dernières années. Il ne s'agit plus d'examiner les situations dans lesquelles un médecin ou un établissement de santé, public ou privé, sont civilement responsables, mais de rechercher les conditions dans lesquelles une victime peut obtenir réparation d'un dommage médical. Le cœur de la problématique soulevée par les accidents médicaux s'est donc déplacé en passant de l'auteur à la victime du dommage. Par conséquent, l'analyse se concentrera sur les fondements de la responsabilité médicale en droit public (Titre I), avant de mettre en avant le phénomène du déplacement progressif du pôle de la responsabilité au pôle de l'indemnisation (Titre II).

Titre I

Les fondements de la responsabilité médicale en droit public

Répondre de soi, des actes que l'on pose, des comportements que l'on a, tel est le sens premier et noble, de la responsabilité. On se trouve avec cette idée de responsabilité, d'abord sur le plan moral. Depuis des siècles, voire des millénaires, la philosophie morale nous enseigne et nous rappelle que la responsabilité est celle que nous avons à l'égard de nous-mêmes mais aussi à l'égard des autres. Il était inévitable que, du plan moral, l'on passât ensuite au plan juridique. Mais la responsabilité individuelle mit du temps à se dégager de cette responsabilité collective injuste et aux effets dévastateurs. Il fallut encore plus de temps pour admettre que le dommage causé par une personne physique soit imputé non au groupe, non à l'auteur concret de l'acte, mais au service pour lequel ou dans le cadre duquel l'intéressé agissait.

Le juge administratif, et l'on reviendra sur ce point, a joué un rôle essentiel dans l'élaboration d'une responsabilité que l'on appelle administrative parce que c'est celle de ce corps à la fois anonyme et omniprésent qu'est l'administration. Que celle-ci puisse être responsable juridiquement des actes de ses agents paraît aujourd'hui aller de soi. Il convient cependant de rappeler, à cet égard, qu'à notre époque encore, le principe de la responsabilité administrative et, plus encore, les possibilités réelles de mettre en cause la responsabilité de l'administration demeurent le fait d'une minorité de pays dans le monde dont le Liban et la France font partie. Mais il nous faut en permanence améliorer notre système de responsabilité, corriger ses insuffisances, effacer les injustices qui demeurent, sans perdre de vue, non plus, que ce qui existe est un progrès remarquable par rapport à ce qui fut en France en matière de responsabilité administrative hospitalière par comparaison à celle du droit administratif libanais.

Dans le domaine de la responsabilité administrative, comme en bien d'autres domaines, les décisions de la justice administrative occupent une place particulière, en raison de la fonction normative historique du juge. Même si, nécessairement, ces décisions n'ont plus les mêmes

fonctions juridiques et sociales qu'au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle, elles continuent d'être une source d'innovations, d'interventions et de renouvellement.

La responsabilité médicale en droit public telle qu'elle est réglée par le droit administratif occupe une place un peu particulière au sein de la responsabilité administrative, pas seulement à cause des mutations des éléments de la responsabilité hospitalière, préjudice et le lien de causalité, mais aussi, à cause des évolutions majeures au niveau du fait générateur de la responsabilité hospitalière.

On peut relever, tout d'abord, la sensibilité tout à fait spécifique à l'égard du service public que, par commodité et simplification, on qualifiera de service public de santé. Si, en effet, le service public se définit, notamment, par le fait qu'il délivre des prestations, les prestations en matière de santé se distinguent des autres prestations, simplement parce qu'elles touchent à ce que nous avons de plus précieux, la vie. La responsabilité en ce domaine ne peut qu'être affectée par cette particularité. Il semble que l'on puisse dire, en simplifiant un peu, qu'à l'égard de l'acte médical et, plus encore, chirurgical, on passe par trois séquences. La première est celle de l'acte médical empêché, cette position étant due, principalement, à des raisons religieuses. Une deuxième séquence est celle, consécutive aux découvertes médicales et scientifiques, dans laquelle le médecin lui-même quelque peu sacralisé par les conséquences que n'a pas l'individu moyen, et par les pouvoirs dont il dispose. Une troisième séquence est celle de l'acte médical banalisé, ce qui entraîne un comportement beaucoup plus critique des patients à l'égard des médecins.

En effet, la responsabilité médicale en droit public est à replacer dans une histoire, à la fois politique et administrative, celle de l'État qui, suivant une image devenue cliché, est devenu un État providence. De ce fait, et un peu à l'image de ce que les philosophes appellent le « carré moral », on pourrait établir une sorte de « carré de la responsabilité » dans lequel les quatre angles seraient occupés par l'hôpital public en tant qu'établissement public et dans l'angle opposé, le citoyen en tant que patient et, dans les deux autres angles opposés, le législateur d'un côté, le juge de l'autre.

Les fondements de la responsabilité administrative médicale ont connu et vont connaître à l'époque contemporaine de grands ébranlements. C'est peut-être là ce qui caractérise le mieux l'évolution en ce domaine. En d'autres termes, un fondement de responsabilité qui paraissait

assez classique va connaître des mutations profondes autant législatives que jurisprudentielles. Mais il convient de rendre compte des changements qui affectent cet aspect de la responsabilité, puisque les causes de l'évolution ou des bouleversements sont sans doute plurielles.

Pour introduire ce débat, et suite aux dernières évolutions législatives et jurisprudentielles, il nous semble que deux pôles du fait générateur de la responsabilité administrative hospitalière, dans la jurisprudence administrative contemporaine, française notamment, se manifestent et s'équilibrent toujours sur le même axe de la faute. Malgré les énormes changements jurisprudentiels et législatifs en la matière au début du XXI^{ème} siècle, la faute demeure la condition de principe de la responsabilité administrative hospitalière à établir (chapitre I) en plus du préjudice et du lien de causalité pour obtenir gain de cause à l'encontre d'un établissement public de santé. Ce principe n'est pas sans exceptions qui sont encadrées par un certain nombre des conditions précises par la juridiction administrative fondées sur l'aléa thérapeutique et sur la nature non exacte de la science de la médecine (chapitre II).

Chapitre I

Le fondement principal, une faute médicale

Le régime de la responsabilité hospitalière tel qu'il apparaît à la fin du XX^{ème} siècle présente une caractéristique précise : il est fondé sur la distinction entre la faute de service et la faute médicale. Le juge administratif opérait auparavant une distinction entre deux catégories d'activités, générant deux régimes de responsabilité. La seule manière d'admettre, au départ, une telle responsabilité en France, était d'exiger une faute présentant une gravité particulière, comme dans le domaine de la police. La faute lourde a donc été exigée, dès lors qu'il s'agissait d'un acte médical ou chirurgical, pour que la responsabilité de l'établissement puisse être engagée⁵⁴⁵. Le juge administratif français avait tendance à être assez restrictif pour reconnaître la faute lourde, et l'on peut penser que son appréciation serait aujourd'hui différente⁵⁴⁶.

L'arrêt du Conseil d'État français du 10 avril 1992 marque le passage de l'exigence de la faute lourde à l'exigence de la faute médicale en matière médicale ; ce choix est confirmé par le législateur français avec la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner : la faute est une condition de principe pour engager la responsabilité d'un établissement de santé sans exiger une quelconque gravité⁵⁴⁷. La question posée n'est plus désormais la détermination de la nature juridique de la faute exigée ni la nature de l'acte commis par le médecin. Mais à notre sens, l'enjeu majeur pour le juge, à notre époque, est de déterminer les facteurs qui lui permettent de décider une erreur médicale comme fautive engageant la responsabilité médicale.

Cette problématique juridique sera traitée sous ses deux aspects : le premier à travers la délimitation de la faute au stade de l'appréciation de l'obligation de soins (Section1). Le

⁵⁴⁵ CE, sect., 8 novembre 1935, *Dame Philipponeau*, Rec. CE, 1935, p. 1020.

⁵⁴⁶ Le juge n'a pas considéré comme des fautes lourdes le sectionnement d'un uretère au cours d'une intervention exécutée pour la réduction d'un fibrome utérin, CE, 31 janvier 1964, *Demoiselle Bruchet*, Rec. CE, 1964, p. 71 ; ou le sectionnement accidentel du nerf facial, CE, 21 mars 1969, *Centre hospitalier régional de Montpellier*, Rec. CE, 1969, Tables, p. 950.

⁵⁴⁷ Art. L. 1142-1 du CSPF.

deuxième concerne les applications de la notion de faute médicale aux cas divers, à travers le domaine des erreurs médicales fautives (Section2).

Section 1. Délimitation de la faute médicale au stade de l'appréciation de l'obligation de soins

L'obligation de moyens a précédemment été définie comme le devoir de se conformer à une norme de prudence, de diligence, d'attention et de science⁵⁴⁸. Pour établir la conduite fautive, il faut, par conséquent, se référer à une règle. Et il y a autant de références, donc de règles que de situations concrètes dommageables dans lesquelles la faute doit être identifiée. Mais le droit doit en fixer les limites : « où s'arrête la *diligence maxima que l'on exigerait autrement ? Car en théorie on peut faire tendre le critère vers l'absolu.* »⁵⁴⁹.

La solution, qui devra s'appliquer à des situations concrètes, doit être recherchée dans la réalité où l'on souhaite la transposer. C'est dire, selon J. PENNEAU, « *qu'il faut reconsidérer le problème dans son ensemble, en partant, cette fois, de la réalité* » car selon l'auteur, « *une solution qui s'éloigne trop de la réalité est toujours suspecte, particulièrement en droit* »⁵⁵⁰.

La réalité ici est celle de l'obligation de moyens transposée à l'action médicale, qu'il faut délimiter par référence à la conduite suivie par un modèle proposé, du plus général au plus spécifique. En effet, « *il semble bien, en réalité, que le seul fait d'enfreindre certaines règles de logique ou de morale sociale, recèle un principe d'illicéité que des considérations statistiques peuvent renforcer ou masquer, mais qui leur préexiste rationnellement* »⁵⁵¹.

C'est pourquoi aucun mode d'appréciation de la faute ne doit être négligé. Une approche abstraite permet d'abord, une classification de la faute ; « *Conscience et science : ces deux mots restent toujours à la base des devoirs du médecin vis-à-vis de son patient* »⁵⁵². Mais à cette appréciation abstraite doit y être associée une appréciation concrète nourrie de la réalité médicale. Ainsi ces modes d'appréciation doivent être articulés et adaptés d'abord à la faute générale, que « *tout homme peut commettre même s'il n'est pas médecin* »⁵⁵³ (§ 1) ; dans ce

⁵⁴⁸ Cass. civ., 20 mai 1936, *Mercier*, op. cit.

⁵⁴⁹ PENNEAU Jean, *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, PUF, 1975, p. 85.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ DEJEAN DE LA BATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto*, Thèse, Paris : LGDJ, 1965, n° 179.

⁵⁵² SARGOS Pierre, « *Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin, Bilan de la jurisprudence récente de la Cour de cassation* », *Médecine & Droit*, 1997, p. 2.

⁵⁵³ GRAPIN Christine, *La responsabilité chirurgicale*, Sauramps médical, 2001, p. 502.

cadre d'ensemble s'individualisent les fautes spécifiques à la pratique médicale, de fait, des fautes techniques, ordonnées par la science (§ 2).

§ 1. La référence à un type humain moral et raisonnable

La détermination de la faute découle de la définition même de l'inexécution. Il s'agit de procéder à une comparaison entre la conduite du médecin et la norme construite en fonction du contenu des devoirs qui s'imposent à lui. La référence consacrée par l'arrêt *Mercier* fut assimilée, peu de temps après, par la Cour de cassation, à la « *méconnaissance certaine de ses devoirs* » par le praticien⁵⁵⁴. Il n'est alors « *pas douteux que la faute, de prudence et de diligence, constituant un élément de responsabilité, s'apprécie in abstracto* »⁵⁵⁵, par référence à un impératif de prudence et de diligence (A). La confrontation de l'analyse à la réalité de l'exercice médical en impose toutefois les limites (B).

A. L'inexécution de l'obligation de prudence et de diligence

Il serait erroné de déduire qu'« *objectiver la faute consiste à la confondre avec le résultat* »⁵⁵⁶ et que la démarche entraîne un basculement dans le cadre d'une responsabilité objective. D'abord parce que la « *déformation objectiviste* », souligne J. PENNEAU, s'éloigne de la question de l'appréciation de la faute pour « *en nier simplement la nécessité* »⁵⁵⁷. Ensuite parce qu'« *il y a là une notion donnée à tous les hommes (...) que la loi assez justement, n'a pas définie* »⁵⁵⁸. Loin d'extraire la faute médicale du cadre contractuel, il s'agit, au contraire, d'identifier les obligations que le médecin pratiquant dans le secteur public doit respecter comme tout autre contractant, parce qu'elles sont de nature à rendre une conduite humaine raisonnable par référence à des règles logiques et morales. Ainsi le raisonnement qui préside à l'examen de la responsabilité médicale découle d'un cadre général et abstrait, qui fixe le socle de la faute comme une entité générale.

Le fondement de l'appréciation *in abstracto* est établi comme « *la différence entre les aptitudes communes à l'ensemble du groupe social et celles qui sont particulières à certains individus de ce groupe* »⁵⁵⁹. La réaffirmation de l'obligation de diligence par l'arrêt *Mercier*, en a opéré la transposition du domaine de la responsabilité morale à celui de la responsabilité

⁵⁵⁴ Cass. civ., 18 octobre 1937, Gaz. Pal. 1937, p. 801.

⁵⁵⁵ PENNEAU Jean, *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 55.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ *Ibid*, p. 60.

⁵⁵⁸ CARBONNIER Jean, *Droit civil, les obligations*, PUF Thémis, 22^{ème} éd., Paris, 2000, n°220.

⁵⁵⁹ DEJEAN DE LA BATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto*, op. cit., n° 181.

juridique : la diligence et la prudence du médecin sont dictées par l'appartenance à la profession bien plus que par la responsabilité juridique⁵⁶⁰.

C'est déjà, sur ce fondement, que la Chambre des Requêtes affirmait dans un arrêt du 21 juillet 1862 que « *toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle (elle répond de son imprudence ou de sa négligence), qui ne comporte d'exceptions que celles qui sont nominativement formulées par la loi, qu'aucune exception de cette nature existe au profit des médecins* ». La Cour de Cassation française réserva l'appréciation de la responsabilité médicale, par les « *règles générales de bon sens et de prudence auxquelles est assujetti l'exercice de toute profession* », lorsque la constatation de la faute est « *indépendante de l'examen de théories ou de méthodes médicales* »⁵⁶¹. Ainsi la détermination de la faute s'effectue en deux temps : non seulement, il est nécessaire de rechercher s'il existait un devoir juridique mais, pour définir le contenu de ce devoir, il faut se référer « *au comportement que l'on peut exiger d'un individu et les qualités dont on affecte ce modèle, cette "personne avisée"* »⁵⁶². Toutefois, une telle référence devient purement verbale si le modèle n'est pas placé dans la même situation que celui dont on examine la conduite : la limite de l'appréciation abstraite s'impose d'elle-même.

L'étude de la jurisprudence permet d'identifier la faute « *de bon sens, de vigilance ou d'attention* »⁵⁶³ pouvant être appréciée indépendamment d'un modèle concret empreint des contraintes propres à la pratique médicale. La Cour d'appel de Douai relève ainsi la faute « *d'ordre général, étrangère à la profession, évidente et grave* », du chirurgien droitier, resté infirme de la main droite et continuant à opérer de la main gauche⁵⁶⁴. Les juges distinguent cette faute de la faute spécifique en affirmant que « *nul n'était besoin d'être expert pour le reconnaître* ». S'agissant d'une faute contre l'humanisme, la morale, le juge est armé pour se prononcer. Selon M. DEJEAN DE LA BATIE, « *si un comportement est jugé illicite, en réalité, c'est fondamentalement parce qu'il est contraire à la raison ou à une éthique consacrée par le droit, c'est-à-dire à des valeurs qui trouvent leur fondement en dehors de la*

⁵⁶⁰ MÉMETEAU Gérard, *Cours de droit médical*, 3^{ème} éd., LEH, 2001, p. 332.

⁵⁶¹ Esmein Paul, « *le fondement de la responsabilité délictuelle* », cité par J. PENNEAU, « *faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale* », p. 48.

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ GRAPIN Christine, *La responsabilité chirurgicale*, *op. cit.*, p. 503 ; selon l'auteur il s'agit de fautes d'imprudence banale que « *tout homme peut commettre même s'il n'est pas médecin* ».

⁵⁶⁴ CA Douai, 19 janvier 1931, *Gaz. Pal.*, 1931, 2, p. 773.

considération des aptitudes humaines. L'indifférence à l'intérêt d'autrui va à l'encontre d'une exigence morale »⁵⁶⁵.

D'ailleurs, la limite de l'analyse est marquée par une appréciation concrète nécessitant l'introduction d'éléments de référence statistique collant ainsi à la réalité de la situation à définir. La faute abstraite de diligence et de prudence, telle que la définissent M. PENNEAU et DEJEAN DE LA BATIE, s'analyse comme un cadre général, de type humain et raisonnable, dans lequel s'individualise la faute du médecin. Celle-ci est particulière et emprunte des aspects dictés par son activité médicale.

Les précisions apportées à la faute, allant même jusqu'à la qualifier « d'une certaine gravité, flagrante, sans toutefois être lourde »⁵⁶⁶, par opposition à la faute légère ou ordinaire, tendent à réaffirmer la place de la faute dans un contexte d'aggravation de la responsabilité médicale. Les limites de la faute, de plus en plus ténues s'imposent et mettent en lumière le concept de l'erreur⁵⁶⁷, étroitement lié à une médecine de risque et de prise de risque⁵⁶⁸. Le corollaire en la limite de l'appréciation abstraite de la faute est imperméable aux réalités d'une pratique révélant nécessairement la subjectivité humaine.

B. Les limites de l'appréciation abstraite

L'acte médical est défini par les médecins comme « *l'application d'une décision mesurée* »⁵⁶⁹ révélant un décideur, bien plus qu'un technicien, amené à optimiser sa prise de décision dans l'intérêt de son patient. Le doute né des situations médicales et la prise de risque nécessaire influenceront indéniablement les décisions des praticiens. Dès lors, l'appréciation abstraite de l'obligation médicale de prudence et de diligence est limitée par le caractère essentiellement probabiliste de la démarche (I), guidée par un décideur désigné comme consciencieux et diligent (II).

⁵⁶⁵ DEJEAN DE LA BATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto*, op. cit., n° 180.

⁵⁶⁶ LAMBERT-GARREL Lucile, obs. sous CE, 19 février 2003, *Revue droit et santé*, n° 1, 2004, p. 26.

⁵⁶⁷ Voir en ce sens, GRAPIN Christine, « La jurisprudence et l'erreur » in « la responsabilité chirurgicale », op. cit., p. 600.

⁵⁶⁸ Voir en ce sens, PENNEAU Jean, « L'erreur et la faute très légère » in « La faute et l'erreur en matière de responsabilité médicale », op. cit., p. 136.

⁵⁶⁹ ISRAËL Lucien, *La décision médicale, essai sur l'art de la médecine*, Paris, 1980, p. 120.

I. Une démarche médicale structurée mais probabiliste

La première étape du processus décisionnel est l'interrogatoire du patient puis son examen.⁵⁷⁰ Cette phase est marquée par le rôle actif du patient « *artisan du choix thérapeutique sur un pied prétendu d'égalité avec son médecin, puisque le législateur a postulé une égalité entre les cocontractants libres et responsables* »⁵⁷¹.

L'examen du patient « *n'est pas une pêche à la ligne, mais un protocole rigoureux dans lequel chaque signe, présent ou absent, dicte la suite des investigations et façonne les hypothèses par un processus tantôt inductif, subconscient, et tantôt conscient, déductif* »⁵⁷². Dans une démarche conciliant rigueur de raisonnement et rapidité de réflexion, doit être cherché le compromis entre le besoin de certitude et le souci d'éviter des traumatismes ou des examens inutiles au patient : de fait, toute décision médicale est probabiliste, « *l'expérience, les connaissances acquises permettant au bon médecin de faire les meilleurs paris diagnostiques* »⁵⁷³.

A partir de cette « base de travail », le praticien bâtit une ou plusieurs hypothèses diagnostiques, puis, par processus logiques, il les examine et analyse leurs probabilités respectives. Il y a, à ce stade, une similitude évidente entre les mécanismes mentaux du chercheur et ceux du médecin ; cependant le chercheur peut à loisir construire une hypothèse, l'affiner, bâtir le protocole d'expériences et l'abandonner en cas d'impasse, pour recommencer avec une autre hypothèse.

En situation de résolution de problème, doit être soulignée, la difficulté de prendre une décision en général, et une décision médicale en particulier, sans doute parce qu'elle a pour sujet un tiers, affaibli par un « mal », que le praticien devra soulager par une action que l'on

⁵⁷⁰ Art. L. 111-4, §1 du CSPF, dispose que toute personnel prend, avec le professionnel de santé, les décisions ; art. 6 de la loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé du 11 février 2004.

⁵⁷¹ MÉMETEAU Gérard, *Cours de droit médical, op. cit.*, p. 331.

⁵⁷² VAUDAINÉ Jean-Pierre, « *Le droit du président de CLIN ; des mots pour le dire, des maux pour le vivre* », Droit déontologie et soin, mars 2003.

⁵⁷³ *Ibidem*.

souhaite réfléchi.⁵⁷⁴ Ainsi, la décision médicale est le fruit d'une délibération, que la doctrine médicale a tenté de formaliser.⁵⁷⁵

Procédant à la décomposition du processus décisionnel, Lucien ISRAËL identifie trois étapes consécutives : la conception d'un but à atteindre, la recherche des moyens pour y parvenir et l'exécution de l'acte. L'auteur transpose ainsi à la pratique médicale, les trois concepts distingués par les théoriciens de la décision et sans lesquels aucune décision valable ne saurait être prise : l'objectif, le but et la finalité.⁵⁷⁶ La rencontre entre théoriciens de la décision et médecins est intéressante en ce qu'elle révèle les mécanismes décisionnels et met en lumière les spécificités de la décision médicale : elle tend à faire comprendre de manière générale, de quelle façon l'esprit humain parvient à avancer dans des domaines d'incertitude dans lesquels l'action doit s'exercer sans se laisser décourager par l'inconnu. Selon les théories analysées, il s'agit de « *structurer ses préférences dans l'incertain* »⁵⁷⁷ en dénouant un certain nombre de « *nœuds décisionnels* »⁵⁷⁸.

Par ailleurs, L'élément le plus important est sans conteste celui du but à atteindre dont dépendent l'évaluation des moyens et l'exécution de l'acte. Dans le domaine médical, l'ensemble de la doctrine s'accorde sur l'affirmation que « *toute vie, tant qu'elle est consciente et physiologiquement acceptable, mérite et impose qu'on lutte pour elle en élaborant différentes stratégies thérapeutiques* ».⁵⁷⁹

La réflexion conduit naturellement à la détermination des moyens d'action : il s'agit de l'élaboration de thérapeutiques choisies comme étant les plus adaptées à l'état de santé du patient. Si cette seconde étape est indissociable de la maîtrise des techniques et de la connaissance médicale, la difficulté majeure est relevée par Alain-Jacques VALLERON et

⁵⁷⁴ Communication des 12^{ème} Journées Universitaires Francophones de Pédagogie Médicale, 4-5 juin 1997, J.H. Barrier, « Apprentissage de la décision médicale par la consultation simulée structurée des étudiants en médecine de fin de deuxième cycle, en stage hospitalier », une étude de la faculté de médecine de Nantes démontre que l'étudiant en médecine en début de 3^{ème} cycle, au cours de l'internat, se trouve en difficulté lors des premières prises de décision.

⁵⁷⁵ ISRAËL Lucien, « Une lecture médicale de la théorie de la décision », in « *La décision médicale, essai sur l'art de la médecine* », *op. cit.*, p. 125.

⁵⁷⁶ BATTEAU Pierre et MARCIANO Jean-Pierre, *Probabilités et décisions dans l'incertain*, PUF., 1976, p. 47-50.

⁵⁷⁷ *Ibidem*.

⁵⁷⁸ PAOLLAGGI Jean-Baptiste, « *La décision médicale* », cours dans le cadre du DIU éthiques et pratiques médicales, session de janvier 2001.

⁵⁷⁹ ISRAËL Lucien, « Une lecture médicale de la théorie de la décision », in « *La décision médicale, essai sur l'art de la médecine* », *op. cit.*

Philippe GARNERIN, dans leur approche biostatistique de la pratique médicale.⁵⁸⁰ Les deux auteurs remarquent que la complexité de la connaissance ne fait que croître : « dès 1984, F. Grémy signalait qu'on était passé de 3000 maladies répertoriées en 1900 à plus de 20 000 termes médicaux en 1975. Il y avait alors 20 000 journaux médicaux, et la seule lecture de 10 revues médicales majeures conduirait à lire 200 articles et 70 éditoriaux, une activité sur laquelle il ne faudrait pas faire l'impasse puisque 50% des connaissances seraient obsolètes en 7 ans ! Or depuis 1975, la croissance de l'information non seulement n'a pas ralenti, mais s'est accélérée »⁵⁸¹. Cette détermination devient, par ailleurs, des plus complexes lorsque le décideur est face à l'incertitude dans un domaine où la responsabilité est particulièrement lourde.

Enfin le troisième concept est celui du passage à l'acte. Dans la théorie de la décision, cette étape est définie, selon la formule consacrée de Geoffroy D'AUMALE, comme « l'expression quantifiée d'un but ».⁵⁸² Selon Peter BERNSTEIN, cette théorie suppose que le décideur soit « capable d'affecter chaque élément intégré dans sa prise de décision, d'un coefficient d'utilité et justifier de ce coefficient par l'intérêt du patient : qualité de la vie, qualité physique de la vie, bénéfices ou résultats psychologiques, modification de l'image de soi ou du soi pour les autres »⁵⁸³. Une telle planification s'applique difficilement à la médecine telle que nos sociétés modernes la conçoivent : l'opportunité d'une action ne saurait être appréciée simplement en fonction d'un gain de survie, mais en fonction de la qualité de la vie ainsi gagnée.⁵⁸⁴ Il ne s'agit pas de quantifier un but mais au contraire de l'apprécier sous l'angle de la qualité de vie, ce dont le médecin ne peut décider seul.

Le rôle du patient dans cette ultime phase décisionnelle est central, car il s'agit d'évaluer son ordre de préférences et non celui du médecin. En effet, la décision médicale confronte deux systèmes de valeur : celui du patient et celui du médecin, deux sensibilités, deux conceptions de la vie et de la mort. La confrontation prendra toute sa dimension dans les situations critiques, où peuvent se produire des conflits d'objectifs.⁵⁸⁵ Cette réalité est souvent oubliée des commentateurs qui interprètent la haute technicité de la médecine comme une «

⁵⁸⁰ VALLERON Alain-Jacques, GARNERIN Philippe, « L'aléa thérapeutique vu par le biostatisticien » in « L'aléa thérapeutique », Journée d'éthique médicale Maurice RAPIN, Flammarion, Médecine-Sciences, 1998.

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² D'AUMALE Geoffroy, *La programmation des décisions*, PUF, Paris, 1968.

⁵⁸³ BERNSTEIN L. Peter, *Plus forts que les dieux-La remarquable histoire du risque*, Flammarion, Paris, 1998.

⁵⁸⁴ GARAY Alain, « La considération du handicap en « débat » in Le handicap droit, histoire, médecine, Colloque de Montpellier des 6-7 novembre 2003, sous la direction de François VIALLA, PUAM, 2004, p. 87.

⁵⁸⁵ ISRAËL Lucien, *La décision médicale, essai sur l'art de la médecine, op. cit.*, p. 132.

déshumanisation »⁵⁸⁶ des pratiques, voire même, une « dépersonnalisation »⁵⁸⁷, interprétant l'émergence de « l'âge des techniques », comme un « relâchement des liens unissant le professionnel et le client »⁵⁸⁸.

Gérard DAVID, oppose à ces observations la spécificité de l'art médical. Il souligne d'abord que « l'efficacité ne peut être sans contrepartie »⁵⁸⁹; toutefois, malgré l'omniprésence de la technique dans sa pratique, le médecin n'est pas devenu un technicien car « si la science apporte des certitudes, la médecine doit cultiver l'incertitude »⁵⁹⁰. L'auteur rejoint ainsi, Jean-François MATTEI pour qui « la première dérive serait technologique »⁵⁹¹, le médecin n'étant pas un ingénieur en « machinerie humaine »⁵⁹². En effet, le poids de sa responsabilité et de la confiance que lui accorde le patient, exclut le médecin de ce rôle réducteur. C'est pourquoi, comme Gérard DAVID, l'on entend le médecin, comme « l'arbitre entre le raisonnable et l'excessif, les avantages et les risques, entre l'utile et le futile, entre le prématuré et le démontré »⁵⁹³.

II. Le portrait d'un décideur consciencieux et attentif

L'arrêt *Mercier* fixe un cadre de réflexion que nous allons suivre : les soins délivrés au patient doivent être attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science. Dressant le portrait type du médecin, la jurisprudence l'entend comme un professionnel consciencieux et attentif, ce qui, à notre sens, doit être précisé.

L'analyse ne doit pas être limitée à la conscience professionnelle, telle que la définit le sens commun, impliquant un jugement moral sur ses actes par référence au sens du devoir, mais s'étendre jusqu'à la conscience de la dimension de ses actes et de leurs conséquences.

M. ISRAEL oppose ce modèle au décideur qui s'ignore et qui agit davantage par réflexe ou

⁵⁸⁶ MORLAAS-COURTIES Maud, *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux*, Thèse de droit soutenue à Montpellier, 1999, n° 24.

⁵⁸⁷ LENOIR N., « Malades et médecins : des relations d'un type nouveau ? », in *Le pouvoir médical*, Carlot-Panoramiques, 1994, p. 162.

⁵⁸⁸ VIALLA François, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Litec, Bibl. de droit des entreprises, Tome 39, 1998, p. 22.

⁵⁸⁹ DAVID Gérard, « Introduction, la médecine, science appliquée », in « L'exercice médical dans la société : hier, aujourd'hui, demain », actes du colloque organisé par l'Ordre National des médecins les 29 et 30 septembre 1995 à Paris.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

⁵⁹¹ MATTEI Jean-François, « Un médecin n'est pas un ingénieur », in *L'exercice médical dans la société : hier, aujourd'hui, demain*; op. cit.

⁵⁹² *Ibidem*.

⁵⁹³ DAVID Gérard, « Introduction, la médecine, science appliquée », in « L'exercice médical dans la société : hier, aujourd'hui, demain », op. cit.

par reproduction de ses expériences passées : « *quelque chose décide pour lui, -affirme l'auteur-, il n'a aucune chance de s'apercevoir au cours de sa carrière, que quand il prend une décision, il opère un choix entre une dizaine de possibilités, lesquelles ouvrent à leur tour chacune de nouveaux choix et cela en cascade. [...] Il suffirait peut-être qu'un doute le saisisse pour en faire un grand thérapeute* »⁵⁹⁴. Ainsi, le décideur consciencieux est celui qui doute face à la situation médicale en prenant la distance nécessaire à mi-chemin entre le pouvoir et la responsabilité. Conscient de ses actes, ce décideur consciencieux sera également conscient des risques que chacune de ses décisions fait courir à son patient.

La diligence est une obligation, nous l'avons précisé, d'ordre général. Mais en médecine, la formulation de l'arrêt *Mercier*, doit être strictement interprétée et il faudra mesurer la part de prudence et de diligence déployée dans la pratique. Si la prudence du chirurgien ou du médecin est une qualité⁵⁹⁵, que l'on conçoit dans une stratégie du risque minimum, on ne saurait l'appliquer à tous les cas cliniques car elle conduirait aussi au gain minimum. Le danger serait ici que la médecine glisse de sa finalité diagnostique et thérapeutique, visant à protéger le patient, vers une finalité défensive des intérêts d'un décideur trop prudent, dissuadé par la prise de risques : « *chacun sera alors tenté de rester dans les sentiers battus, de ne pas tenter d'acrobaties opératoires, de rester en deçà du possible et de laisser accuser la nature plutôt que la thérapeutique* »⁵⁹⁶.

La limite de l'abstention semble pourtant perçue par le corps médical comme l'illustre le Code de déontologie médicale français, qui n'a pas repris exactement la formule consacrée par l'arrêt *Mercier*. L'on notera l'énoncé de l'article 32, qui précise que « *dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* » ; le praticien « attentif » à l'arrêt *Mercier*, devient « dévoué » à son patient dans le Code de déontologie médicale.

⁵⁹⁴ ISRAËL Lucien, *La décision médicale, essai sur l'art de la médecine, op. cit.*, p. 108.

⁵⁹⁵ CE, 9 juin 1990, *Danet*, Gaz. Pal., 1991, p. 12 : le retard dans la mise en œuvre du traitement peut être justifié par les risques de la thérapeutique envisagée. Le chef de service diagnostique l'embolie pulmonaire. Il fait enlever le plâtre. L'état du patient n'étant pas préoccupant, il ne prescrit pas immédiatement un traitement anticoagulant en raison du risque d'hémorragie cérébrale susceptible de survenir sur ce patient et fait pratiquer des examens complémentaires ; Le fait d'avoir estimé que le risque d'hémorragie cérébrale était plus grand que le risque de récurrence de l'embolie pulmonaire n'a pas été constitutif d'une faute lourde.

⁵⁹⁶ ISRAËL Lucien, *La décision médicale, essai sur l'art de la médecine, op. cit.*, p. 110.

Le législateur libanais, quant à lui, insiste dans l'article 27 du Code de déontologie médicale sur le fait que « *dès lors que le médecin a accepté de répondre à une demande, il s'engage à assurer personnellement ou à l'aide de tiers compétents au patient des soins continus, précis, consciencieux et fondés sur les dernières données acquises de la science dont le médecin est obligé de suivre leurs évolutions* »⁵⁹⁷. L'approche jurisprudentielle apprécie l'acte par référence à la survenance du risque ; cette formulation introduit la connotation du renoncement à l'acte. Le Code de déontologie impose au médecin d'être dévoué à son patient ; la mesure et la prudence sont toujours de rigueur, mais elles sont abordées sous l'angle de l'action cette fois. L'influence de ces éléments sur le processus décisionnel en rend l'appréciation particulièrement délicate, d'autant plus lorsque la faute relève d'un domaine technique, marqué de repères précis, scientifiquement établis.

§ 2. La référence à un professionnel savant et compétent

André TUNC, amené à préciser les devoirs du médecin, affirme qu'il « *doit faire preuve de l'adresse et des connaissances possédées communément par les bons membres de sa profession. Il ne faudrait pas prendre comme critère la science du médecin moyen, mais ce minimum de science commun à tous les bons médecins* »⁵⁹⁸. La référence évolue du « type humain » à celui, plus précis, de la « communauté médicale », soulevant alors, relève Louis KORNPROBST, des questions juridiques et techniques complexes : « *celle du fondement même de cette responsabilité dont le principe apparaît encore à certains comme la manifestation d'une regrettable incompréhension des difficultés de la vie médicale* »⁵⁹⁹ et plus précisément celles relatives à la technique médicale. Dans ses conclusions, André DUPIN identifiait « *des questions scientifiques à débattre entre docteurs et qui ne peuvent pas constituer des cas de responsabilité civile ni tomber sous l'examen des tribunaux (...)* »⁶⁰⁰.

En effet, le droit est ici confronté à un obstacle de taille qui est celui de la compétence médicale, distincte de celle du juge, qui ne saurait cependant renoncer à sa mission. L'association des médecins à l'application du régime de responsabilité s'impose dès lors, comme un impératif à une appréciation de la faute médicale technique, conciliée avec la

⁵⁹⁷ Code de déontologie libanais, Loi n° 288 du 22 février 1994, JO libanais du 03 mars 1994, n° 9, p. 239.

⁵⁹⁸ TUNC André, « *La responsabilité civile* » in « Deuxième congrès international de morale médicale », Ordre national des médecins, Paris, mai 1966, p. 34.

⁵⁹⁹ KORNPROBST Louis, « *L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique* » in « Deuxième congrès international de morale médicale », Ordre national des médecins, Paris, mai 1966, p. 71.

⁶⁰⁰ Cass., 18 juin 1835, *Thouret-Noroy c/ Guigne*, Dalloz, T 39, n° 129, concl. André DUPIN.

liberté thérapeutique du médecin (A) ainsi qu'avec les incertitudes inhérentes à « la vie médicale » (B).

A. La liberté thérapeutique du médecin

L'appréciation de la faute technique implique que le juge réponde à des questions qui se trouvent hors de son champ de connaissance officielle. Le rôle de l'expert, « *homme de l'art, envoyé en éclaireur* »⁶⁰¹ se révèle tout simplement essentiel⁶⁰². Deux compétences et deux fonctions distinctes doivent être réunies mais strictement encadrées. La tâche est épineuse, nonobstant un principe clairement affirmé (I) ; le juge doit apprécier une technique génératrice de responsabilité (II).

I. L'affirmation du principe de la liberté thérapeutique

L'indépendance technique du médecin constitue une norme médicale commune. La liberté thérapeutique est affirmée par les articles 8 et 70 du Code de déontologie médicale français. L'article 8 reconnaît au médecin une liberté de prescriptions qui sont celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance⁶⁰³. Selon l'article 70, le médecin est autorisé, dans la limite de ses compétences, à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. L'affirmation de la liberté thérapeutique est de large importance puisqu'elle implique que le médecin est le seul habilité à juger de l'opportunité ou de la contre-indication de l'acte médical.

L'application du principe est confirmée par la jurisprudence qui, dans l'intérêt du patient, reconnaît très largement le médecin libre de proposer les examens et traitements de son choix, dès lors que l'on peut admettre raisonnablement qu'ils ont un effet diagnostique et thérapeutique⁶⁰⁴. Ainsi « *il appartient au chirurgien de choisir le mode d'anesthésie qu'il préfère lorsque ce procédé constitue un moyen connu ayant dépassé le stade de l'expérimentation* »⁶⁰⁵. Dans la même logique, « *investi de la confiance de son client pour un*

⁶⁰¹ Mémeteau Gérard, *Cours de droit médical*, op. cit., p. 227.

⁶⁰² La question de l'expertise médicale fera l'objet d'une analyse approfondie postérieurement dans le corps de notre travail. Nous ne faisons qu'en soulever la place centrale dans le régime de la responsabilité médicale et la présenter comme le compromis entre le respect de la liberté thérapeutique des médecins et l'identification d'une faute technique génératrice de responsabilité.

⁶⁰³ Dans le même sens, l'article 14 du Code de déontologie médicale libanais, loi du 22 février 1994.

⁶⁰⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 20 mars 1984, Bull., 1, n° 107, p. 89, note PENNEAU, « L'arrêt ayant relevé que les données acquises de la science ne permettaient pas d'affirmer qu'aurait dû être choisie l'anesthésie loco-régionale de préférence à l'anesthésie générale, a ainsi justifié sa décision quant à l'absence de preuve d'un lien de causalité entre le défaut de preuve d'examen préalable et la survenance de l'accident ».

⁶⁰⁵ Cour d'Aix, 23 février 1949, JCP, 1949, 5025, obs. Vienne.

acte opératoire grave, le chirurgien a le choix des moyens pour le réaliser dans ce qu'il estime être les meilleures conditions techniques »⁶⁰⁶.

Dans le même sens, la Cour de Cassation française reconnaît au médecin la possibilité de recourir à « *une méthode abandonnée dès lors que les experts relèvent qu'elle existe encore et se trouve décrite dans les livres classiques, n'ayant été délaissée que par le motif que les malades ne l'acceptent pas sans appréhension* »⁶⁰⁷. S'il ressort de ces arrêts que le praticien choisit parmi les diverses techniques en présence, même la plus controversée⁶⁰⁸, l'appréciation du juge est strictement limitée au cadre de ses compétences juridiques sans déborder l'appréciation de données médicales. La jurisprudence a depuis confirmé cette réserve devant les choix médicaux⁶⁰⁹. Le médecin étant, en principe, libre de choisir le traitement qui lui paraît susceptible de conduire à la guérison, « *il n'appartient pas aux tribunaux de prendre partie entre les adversaires et les partisans d'une méthode* »⁶¹⁰.

Cette liberté thérapeutique doit être analysée comme garante de la qualité des soins prodigués au patient, étayée par les obligations posées par les articles 11 et 14 du Code de déontologie médicale français⁶¹¹, actuels articles R. 4127-11 et R. 4127-14 du Code de la santé publique et qui de ce fait, en marquent déjà les premières limites. Si le médecin est libre de ses choix thérapeutiques, il aura l'obligation d'effectuer ces choix dans le cadre des données acquises de la science et des progrès de la médecine, dans tous les domaines, clinique, biologique et technique⁶¹². Ainsi, en dépit de sa prépondérance, cette liberté connaît des limites de fait et de droit⁶¹³. L'existence même de la faute dite « technique et scientifique » en révèle les atténuations.

⁶⁰⁶ Cour d'Aix, 14 février 1950, JCP, 1950, 5423, obs. Vienne.

⁶⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1959, D. 1959, somm., p. 107.

⁶⁰⁸ Voir en ce sens les arrêts cités par M. Mémeteau, Cours de droit médical, op. cit., p. 222, S'agissant d'une pratique abandonnée : Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 1959 ; Pour une pratique scientifiquement controversée : Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1984.

⁶⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 septembre 2003, JCP, éd. G. 2003, 10179, note Jonquet, Mainguy, Terrier ; LPA, n° 81, avril 2004, note Mémeteau.

⁶¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, *Porcheron*, Gaz. Pal., 2-3 février 2001, n° 1041.

⁶¹¹ Art. 11 du CDM, « *Tout médecin doit entretenir et perfectionner ses connaissances ; il doit prendre toutes dispositions nécessaires pour participer à des actions de formation continue. Tout médecin participe à l'évaluation des pratiques professionnelles* » ; Art. 14 du CDM, « *Les médecins ne doivent pas divulguer dans les milieux médicaux un procédé nouveau de diagnostic ou de traitement insuffisamment éprouvé sans accompagner leur communication des réserves qui s'imposent. Ils ne doivent pas faire une telle divulgation dans le public non médical* ».

⁶¹² Dans ce sens l'article 27 du Code de déontologie médicale libanais ; HARICHAUX Michèle, « *L'obligation du médecin de respecter les données de la science* ». JCP, éd. G., 1987, n° 47, 3306.

⁶¹³ Les médecins sont tenus, dans toutes leurs prescriptions, d'observer, dans le cadre de la législation et de la réglementation en vigueur, la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement.

II. Les limites révélées par la reconnaissance de la faute technique

Le praticien est libre de ses prescriptions et de ses choix thérapeutiques dans la limite de ses compétences. La compétence médicale est la première exigence professionnelle et suppose non seulement un savoir aussi large que possible mais aussi une bonne adaptation à l'exercice de l'activité médicale révélant ainsi la qualification du médecin, appréciée par la jurisprudence comme un gage de sécurité⁶¹⁴.

Le doctorat en médecine ouvre la voie à l'exercice de la profession médicale ; cela signifie que les connaissances et la qualification légitiment les interventions ainsi que la limite fautive.⁶¹⁵ La science du médecin est double : d'abord il pratique tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement relevant de sa compétence ; ensuite il en identifie les limites et reconnaît les cas où il ne doit pas agir. Dans le cas contraire, l'omnivalence du diplôme autoriserait des traitements imprudents, hors du champ des connaissances. Il faut simplement rapprocher la limite de la densité des connaissances médicales qui oblige les médecins à se spécialiser dans une discipline. Le principe de la liberté de prescription doit ainsi, raisonnablement, être ramené à la pratique de tous les actes relevant de sa spécialité.⁶¹⁶

Ces constatations ouvrent naturellement la voie à l'identification de la faute dite technique. A ainsi été retenue la qualification insuffisante d'un chirurgien non spécialisé en obstétrique, et qui, lors d'une césarienne réalisée en dehors d'un contexte d'urgence, avait sectionné le nerf facial du fœtus. Bien que les experts aient qualifié l'accident d'extrêmement rare, sans aucun exemple dans la littérature médicale, le tribunal a retenu la faute du chirurgien, au motif que « *n'étant pas qualifié pour procéder à une intervention de cette nature, il aurait dû faire appel à un chirurgien plus qualifié qui aurait apporté plus de garantie de la patiente et à l'enfant* »⁶¹⁷. Une telle analyse, soucieuse des intérêts du patient, pose les limites de la règle « *partiellement obsolète de l'omnivalence du diplôme de docteur en médecine* »⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 1994, JCP, 1995, IV, 368, p. 48, concernant la formulation d'un diagnostic dépassant la compétence et les possibilités d'un médecin généraliste.

⁶¹⁵ ALMÉRAS Jean-Pierre et PÉQUIGNOT H., *La déontologie médicale*, Litec, 1996, p. 14 et s.

⁶¹⁶ Voir en ce sens la jurisprudence, citée par Gérard MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, op. cit., p. 221, qui oblige le médecin non-spécialiste à faire appel à la compétence d'un confrère : TGI Seine, 31 mars 1960, Gaz. Pal., 1960, 2, 106.

⁶¹⁷ TGI Seine, 31 mai 1960, cité par Christine GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 514.

⁶¹⁸ Voir en ce sens Gérard MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, op. cit., p. 220.

Par ailleurs, concernant les examens et les conclusions scientifiques relevant de la question des tests génétiques, la Cour de cassation n'hésite pas à faire référence à des « *méthodes médicales certaines* »⁶¹⁹ qu'elle précise dans un arrêt du 1er février 1983, comme des « *examens dont les conclusions scientifiques seraient de nature à exclure, par elles seules, toute possibilité de paternité du père prétendu sans qu'il soit nécessaire de les rapprocher de circonstances de fait particulières à la cause* »⁶²⁰. L'acte médical est alors réduit « *à une recherche d'ordre technique, obéissant à des règles strictes et invariables qui doivent nécessairement aboutir à une exacte solution* »⁶²¹.

Un tel raisonnement demande une réflexion de notre part. Il est assez remarquable que le juge qualifie de « certaine » une méthode s'appliquant au domaine médical, pourtant affecté d'une telle incertitude qu'il a justifié l'affirmation de l'obligation de moyens. Si la méthode est « certaine », ne bascule-t-on pas vers une obligation de résultat ? Et par ailleurs, pour quelle raison la méthode « certaine » n'est-elle pas imposée au médecin, au détriment, faut-il préciser, de la liberté thérapeutique ? L'intérêt de ces interrogations est renforcé par celle de M. MÉMETEAU : « *et pourquoi seulement dans la recherche ou l'exclusion de la paternité ?* »⁶²². Selon l'auteur, « *A partir du moment où est reconnu aux juges civils le pouvoir de qualifier une méthode de certaine, la liberté thérapeutique du médecin est remise en cause* ».

Par conséquent, le danger d'une telle évolution jurisprudentielle est la généralisation d'une appréciation abstraite, basée sur ces « *règles strictes et invariables* », si inadaptées à la pratique médicale. La confrontation des deux définitions données de l'acte médical -« *une recherche d'ordre technique* », que M. MÉMETEAU déduit des termes de l'arrêt de la Cour de cassation et « *l'application d'une décision mesurée* »⁶²³ formulée par M. ISRAËL-, laisse apparaître que ce sont le doute et le risque qui séparent ces deux analyses, pour ne pas dire ces deux visions de la pratique médicale.

En définitive, la détermination des limites de l'appréciation abstraite de la faute médicale, même technique, relevant de la prescription ou de la thérapeutique, est pourtant imposée par

⁶¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 1995, Bull. 1995, I, 239, p. 168; Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, D. 2001, I.R. 2089: « *qu'aussi fiable que soit l'examen de l'ADN, il ne permettrait pas d'obtenir une certitude de paternité supérieure à celle obtenue avec l'examen des sangs dont il n'est pas sérieusement contesté qu'il présente le caractère d'une méthode médicale certaine* ».

⁶²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1983, Bull. 1983, 81-16218, note Massip.

⁶²¹ MÉMETEAU Gérard, *Cours de droit médical*, op. cit., p. 231.

⁶²² *Ibidem*.

⁶²³ ISRAËL Lucien, *La décision médicale, essai sur l'art de la médecine*, op. cit., p. 120.

l'échec des tentatives de formalisation de l'acte médical heurtées par la difficile détermination de « *règles strictes et invariables* ».

B. L'appréciation de la faute technique par la référence aux données de la science

C'est à partir d'un exemple de la jurisprudence anglaise datant de 1954, citée par André TUNC en 1966 lors du deuxième Congrès international de morale médicale, que sera abordée la question de l'obligation pour le médecin de délivrer des soins « *conformes aux données acquises de la science* »⁶²⁴. L'analyse menée par les magistrats est significative car elle concilie l'exigence de compétence et de diligence médicales avec une application raisonnable du droit des obligations. « *Un patient s'était vu injecter un liquide contenu dans des ampoules elles-mêmes conservées dans un bocal de phénol. En fait, le phénol avait pu pénétrer dans les ampoules par des fêlures de celles-ci. Le patient s'était trouvé paralysé à la suite des piqûres qui lui avaient été faites. La cour, considérant que les fêlures n'étaient pas visibles par un examen normal, et considérant que les faits s'étaient produits en 1947, alors que le danger de la pénétration du phénol dans les ampoules n'avait été porté à la connaissance de l'ensemble des médecins anglais qu'en 1951, a estimé qu'il n'y avait pas eu en l'espèce faute de la part de l'anesthésiste. La décision est d'autant plus remarquable qu'avant que le danger ait été dénoncé en Angleterre, il avait fait l'objet de deux articles dans des revues médicales américaines* »⁶²⁵. Ainsi, les magistrats refusent de mettre à la charge d'un anesthésiste ordinaire l'obligation de se tenir informé des publications professionnelles étrangères. C'est sans doute une affirmation de bon sens, qui ne peut faire l'objet d'une règle générale. Encore une fois, la règle affirmée par l'arrêt Mercier doit être interprétée à la lumière de son application (I) et des tentatives d'identification de références médicales abstraites (II).

I. La conformité des soins aux « données acquises de la science »

La Cour de Cassation a été amenée à préciser la doctrine de l'arrêt Mercier et notamment « l'obligation de soins », qu'évoquait dans ses conclusions, l'avocat général MATTER. Lorsqu'il est reproché à un praticien, « *un défaut de recherche quant à la thérapeutique la meilleure et à sa conformité aux données " actuelles " de la science* », la Cour de Cassation française réaffirme dans son arrêt du 6 juin 2000, que « *l'obligation pesant sur un médecin est de donner à son patient des soins conformes aux données acquises de la science à la date de*

⁶²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 1936, *Mercier*, *op. cit.*

⁶²⁵ TUNC André, « *La responsabilité civile* » in « Deuxième congrès international de morale médicale », *op. cit.*, pp. 32-33.

ces soins. La cour d'appel (...) a constaté qu'en 1989, date des soins prodigués par les deux médecins, les données acquises de la science, tant en ce qui concerne la fracture de l'auriculaire que la disjonction scapho-lunaire, autorisaient le recours soit à une immobilisation plâtrée, soit à une intervention chirurgicale, sans que l'une de ces alternatives thérapeutiques puisse être privilégiée ou au contraire déconseillée quant à ses résultats espérés... »⁶²⁶.

Pour sa part, le Conseil d'État français, lui aussi, se réfère régulièrement aux exigences déontologiques de soins conformes aux données acquises de la science. Dans l'arrêt du 11 juillet 1991, par exemple, la Haute juridiction administrative précise « *qu'en énonçant, d'une part, que le docteur le Gall avait fait preuve de négligences graves dans certains traitements conservateurs et notamment dans les soins d'obturation des canaux et certains travaux prothétiques, que d'autre part, les techniques qu'il utilisait en matière de radiographie étaient insuffisantes pour qu'il soit en mesure de poser des diagnostics en bonne connaissance de l'état du patient, qu'enfin il demandait des honoraires non justifiés pour des actes défectueux et violait les dispositions de la nomenclature générale des actes professionnels, la section des assurances sociales du conseil national de 'ordre des chirurgiens-dentistes a suffisamment motivé sa décision quant au grief relatif à la violation de l'article 27 du Code de déontologie qui prévoit que le chirurgien-dentiste se doit d'assurer aux patients des soins éclairés et conformes aux données acquises de la science »⁶²⁷*

Cette obligation technique et scientifique s'apprécie dans le cadre général de « l'obligation de soins ». La conduite du praticien sera jugée en tenant compte des moyens – donc des techniques scientifiques- qu'aurait utilisés, abstraitement, à sa place, dans les mêmes circonstances, un autre professionnel consciencieux et averti. Selon Pierre SARGOS, il ne s'agit pas d'une faute technique, inadaptée et éloignée de la réalité médicale, mais d'une faute relative à la « *conscience technique* ».

En effet, cette obligation implique que le praticien soit à même de faire évoluer sa pratique au rythme des connaissances du pays⁶²⁸, dans le respect des alternatives thérapeutiques

⁶²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, *Porcheron*, Gaz. Pal., 2-3 février 2001, n° 1041.

⁶²⁷ CE, 11 juillet 1991, *Le Gall*, n° 84335, Inédit au recueil Lebon.

⁶²⁸ CASTELLETTA Angélo, *Responsabilité médicale, Droits des malades*, Dalloz, Paris, 2002, n° 31-54 : « Dès lors que la nécrose ischémique des muscles du mollet a été provoquée par une forme rare et malencontreuse de la fracture subie par la victime et qu'à l'époque des soins la connaissance en France de telles lésions

conformes à ces données⁶²⁹, en apportant au patient la réponse la plus adaptée à son état de santé.⁶³⁰ Mais parallèlement, la référence permet d'identifier le comportement fautif, renvoyant à la méconnaissance des données de la science. Aussi le médecin ne doit-il pas recourir à un traitement abandonné pour sa dangerosité⁶³¹ ou à une technique complètement obsolète⁶³². De même constituerait une faute le recours à un traitement insuffisamment éprouvé ou ne satisfaisant pas aux exigences de la raison proportionnée⁶³³.

Si l'appréciation de la faute est par principe une appréciation *in abstracto*, par référence aux « données de la science », la multiplicité des pratiques, leur interpénétration voire leur confrontation rend parfois difficile leur accessibilité et la détermination de l'inexécution de l'obligation de soins.

II. L'identification de références médicales abstraites

Dans un souci de clarification des références médicales, les « Conférences de consensus » peuvent être analysées comme des outils d'autorégulation des pratiques.⁶³⁴ Elles visent à « dégager au sein de la communauté scientifique, par spécialité, les points d'accord et de divergence relatifs à une intervention de santé »⁶³⁵. Cette démarche, « présentant le mérite de ne point procéder d'une volonté uniquement externe de contrôler la médecine au nom de valeurs – ou de contre valeurs – qui ne lui sont pas propres »⁶³⁶, a vocation à générer et diffuser une information de nature à faire évoluer les données médicales, en abandonnant les pratiques inappropriées. Elles doivent refléter l'état de l'art et des connaissances et constituer une aide à la décision.

n'entraient pas dans les données acquises de la science, il n'était pas possible au chirurgien de poser un diagnostic. Rien ne permet d'affirmer qu'en cas de diagnostic exact un traitement aurait donné de meilleurs résultats ».

⁶²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, Porcheron, *Ibidem*.

⁶³⁰ CA Paris, 11 mai 1995, Gaz. Pal. 1996, 2, 401, note Jean Bonneau : « La décision de ne pas prescrire d'emblée une antibiothérapie ne peut être reprochée au médecin alors qu'elle est conforme à la théorie de certaines écoles médicales pour lesquelles il convient de ne pas recourir d'emblée à l'antibiothérapie pour ne pas camoufler une pathologie associée ».

⁶³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 1974, JCP, éd. G., 1974, IV, n° 147 : concernant l'utilisation de forceps acrobatiques pour un accouchement.

⁶³² Cass. civ. 1^{ère}, 3^e octobre 1995, concernant le recours à un monitoring discontinu au cours d'un accouchement.

⁶³³ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1985, D., 1986, n° 390, note PENNEAU : concernant le recours à une cobaltothérapie, décidée à tort, ayant rendu plus fragile l'os sur lequel avait ensuite été appliqué une prothèse a été considéré comme fautif.

⁶³⁴ PLACINES Bertrand, *La conférence de consensus : Une technique d'évaluation ?*, Thèse de doctorat soutenue à Angers, 1993,

⁶³⁵ Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale (ANDEM), « Guide pratique pour la réalisation d'une conférence de consensus », 1992.

⁶³⁶ MÉMETEAU Gérard, *Cours de droit médical, op. cit.*, p. 224.

Juridiquement se pose la question de l'identité de ces normes vis à vis de la référence des données acquises de la science. Car si « *les fruits de ces conférences (ont) la valeur d'usage technique, (cela) aura des incidences en droit de la responsabilité civile* »⁶³⁷.

En la matière, la Cour de cassation française a eu l'occasion de se prononcer indirectement sur la valeur des références médicales opposables, dans un arrêt du 19 décembre 2000, rendu à propos d'un chirurgien dentiste⁶³⁸. Elle a ainsi affirmé que « *des considérations ne peuvent autoriser un praticien à dispenser des soins non conformes aux données acquises de la science* »⁶³⁹. Deux éléments d'analyse peuvent ainsi être dégagés : il est d'abord possible d'affirmer avec M. PENNEAU que « les fruits de ces conférences », ne sont « *qu'une opinion parmi d'autres n'ayant aucune autorité propre* »⁶⁴⁰, d'autant plus, remarque Annick DORSNER-DOLIVET qu'en « *ce qui concerne les bonnes pratiques et les références médicales opposables, elles ne sont pas forcément à jour des derniers progrès de la science médicale et surtout elles ne tiennent pas compte des particularités de chaque patient et ne peuvent, par conséquent, être assimilées aux données acquises de la science* »⁶⁴¹.

Ensuite il en résulte que les références médicales opposables –qui sont par ailleurs dictées par des considérations économiques- ne peuvent éclipser l'obligation de soins⁶⁴². En d'autres termes, le seul fait d'avoir respecté ces références, ne saurait permettre au médecin d'échapper à sa responsabilité si les circonstances de l'espèce exigeaient que des précautions particulières, hors du champ des références médicales opposables, soient prises, compte tenu de la singularité de la situation médicale. L'on admettra l'idée d'une présomption simple d'efficacité de ces recommandations qui les inclut dans un faisceau d'indices⁶⁴³, reflétant le respect des données de la science. Toutes ces références peuvent d'ores et déjà constituer un outil de travail précieux, notamment pour les experts, mais aussi et surtout pour les médecins qui pourront les adapter à la singularité de chaque patient.

⁶³⁷ *Ibidem* : « leur normalité scientifique à la supposer certaine d'abord –demande l'auteur– est-elle ensuite transformée de plein droit en normativité juridique, ce qui constituerait une confusion entre deux ordres d'impératifs ? Une réponse positive n'est pas à écarter mais, ne s'impose pas non plus impérativement ».

⁶³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2000, D. 2001, somm., 3082, obs. J. PENNEAU.

⁶³⁹ *Ibidem*.

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ DORSNER-DOLIVET Annick, *La responsabilité du médecin*, Paris : Economica, 2006, p. 100.

⁶⁴² Cass. soc. 26 avril 2001, Dalloz, 2001, IR, 1, 592 : La Cour rappelle que les prescriptions médicales ne doivent pouvoir se justifier que par la seule condition d'efficacité du traitement.

⁶⁴³ Voir en ce sens, François VIALLA, note sous CE, 12 janvier 2005, Revue droit et santé, 7 septembre 2005, p. 399.

Section 2. Le domaine des erreurs médicales fautives

Le principe général du droit commun dans le domaine médical et hospitalier dit que la responsabilité est fondée sur la faute. En conséquence, cette responsabilité ne peut normalement être mise en œuvre que s'il existe une faute à l'origine du dommage subi par le patient-victime⁶⁴⁴. Pour le juge administratif, chaque affaire est différente et la qualification de faute ne pourra être donnée que par un examen *in concreto* de chaque espèce⁶⁴⁵.

La notion de faute est difficile à caractériser. Issue du latin « *Fallita* », action de faillir⁶⁴⁶, et de « *fallere* » qui signifie : tromper, échapper à, faire défaut, « *le mot [faute] évoque dans le même temps l'idée d'obligation et celle de transgression* ». Pour Marcel PLANIOL, elle désigne le « *manquement à une obligation préexistante* », ou à la « *violation consciente d'une obligation* »⁶⁴⁷, que celle-ci se trouve dans la loi et les textes réglementaires qui s'imposent au service, comme les différents Codes de déontologie, ou qu'elle ait été définie par le juge par référence aux obligations de moyens qui pèsent sur le service public.

La loi donne de nombreuses indications qui contribuent à définir ce qu'est une faute, d'abord en définissant certains droits qui ne peuvent être méconnus, comme le droit à la dignité, au respect du secret et de la vie privée et à l'absence de discrimination. Si l'affirmation selon laquelle « le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles » ne présente par elle-même qu'un contenu normatif incertain, « le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue » ou encore l'interdiction de « risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté »⁶⁴⁸ s'appliquent plus directement dans des hypothèses concrètes.

Par-delà les évolutions importantes de la notion même de faute et les différents modes de preuve qui existent aujourd'hui (§1), la place essentielle de la responsabilité pour faute est désormais réaffirmée en France par le § I de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, aux termes duquel « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut*

⁶⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 2005, Bull. 2005, I, n° 4, p. 3 ; CE, sect., 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, Rec. CE, 1991, p. 12.

⁶⁴⁵ MAUGÜÉ Christine, *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ, 2010, p. 47.

⁶⁴⁶ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007.

⁶⁴⁷ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 2001, p. 1136 et s.

⁶⁴⁸ Art. L. 1110-5 du CSPF.

d'un produit de santé, 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 sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ». La richesse de la jurisprudence française en la matière, contrairement à la jurisprudence libanaise, donne de nombreuses illustrations aux différentes hypothèses de fautes en matière hospitalière et médicale (§2).

§ 1. Évolutions de la faute en matière de responsabilité hospitalière

Depuis une trentaine d'années, le droit de la responsabilité du service public hospitalier, notamment en France, a été marqué par un large mouvement de simplification. Une des étapes les plus marquantes a été, en 1992, l'abandon de l'exigence de la faute lourde pour les actes médicaux, héritage d'un ancien principe d'irresponsabilité de la puissance publique. Si l'on considère les jurisprudences administratives antérieures exigeant une « faute manifeste et d'une particulière gravité » ou « une faute d'une exceptionnelle gravité », la faute lourde peut être considérée comme un progrès en ce qu'elle signifie à la fois une reconnaissance de la responsabilité de la personne physique et un certain « jugement moral » au regard de l'énormité de la faute commise. Il demeure que le régime de la faute lourde était contraignant pour les victimes. Des raisons d'équité devaient conduire le juge administratif français, puis le législateur français, à abandonner l'ancienne distinction de la faute simple et de la faute lourde en matière médicale (A), et tendent vers un concept unique de la faute (B).

A. La distinction jurisprudentielle faute lourde-faute simple

Depuis l'arrêt *Dame Philipponeau* en 1935⁶⁴⁹, le Conseil d'État avait posé la règle selon laquelle une faute médicale n'était susceptible d'engager la responsabilité du service public hospitalier que si elle présentait un certain caractère de gravité. Cette exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité des établissements publics de santé n'était pas soumise à des règles identiques. La jurisprudence administrative distingue depuis l'arrêt *Rouzet*⁶⁵⁰ entre deux catégories d'actes hospitaliers : 1- les dommages dus à une mauvaise exécution des soins médicaux ou chirurgicaux, pour lesquels une faute lourde était nécessaire, et ; 2- Les dommages résultent d'une mauvaise organisation ou d'un mauvais fonctionnement du service

⁶⁴⁹ CE, sect., 8 novembre 1935, *Dame Philipponeau*, Rec. CE, 1935, p. 1020 ; CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sect., 11 décembre 1991, JCP, éd. G, IV, 753, p. 80.

⁶⁵⁰ CE, sect., 26 juin 1959, *Sieur Rouzet*, Rec. CE, 1959, p. 405.

ou d'une administration défectueuse des soins non médicaux, pour lesquels une faute simple suffit à engager la responsabilité de l'hôpital public.

D'une part, l'acte médical était défini par le Conseil d'État français par référence à une nomenclature technique élaborée conforme au Code de la santé publique. Les opérations chirurgicales, le diagnostic porté par le médecin traitant et le choix thérapeutique, par exemple, étaient des actes médicaux. Et, d'autre part, les actes présentent un caractère bénin ou courant comme les injections, les perfusions, les massages, etc... sont considérés comme des actes de soins.

Tout d'abord, en matière de diagnostic et d'exams divers, dans un premier temps, le principe était que toute erreur ne constituait pas une faute permettant d'engager la responsabilité de l'établissement de santé public. Il s'agit d'une jurisprudence constante quand le diagnostic avait été correctement établi et se révélait exact⁶⁵¹. Cette solution s'imposait également lorsque le diagnostic quoique erroné, avait été effectué après des exams sérieux, complets et nécessaires⁶⁵² ou qu'il n'était pas directement à l'origine du préjudice subi⁶⁵³. Au Liban, le Conseil d'État a engagé la responsabilité de la municipalité de Beyrouth pour la faute lourde du médecin travaillant dans sa division sanitaire. Celui-ci n'avait pas pris tous les moyens possibles pour diagnostiquer la victime au cours d'une campagne de vaccination organisée par la municipalité de Beyrouth⁶⁵⁴.

Puis, la nécessité d'une faute lourde s'est imposée également dans le domaine du choix thérapeutique. Le juge administratif était réticent à admettre qu'un choix thérapeutique, même s'il se révélait inefficace et inopportun, puisse constituer une faute lourde. Les décisions de rejet étaient donc fréquentes. C'était le cas lorsque la technique retenue n'était nullement critiquable⁶⁵⁵. La solution était la même dans les cas où le protocole choisi par le praticien hospitalier pouvait ne pas se révéler le meilleur⁶⁵⁶. Le plus souvent, les arrêts de rejet relevaient que les pièces du dossier ne permettaient pas de découvrir un « manquement aux règles de l'art ». Par contre, lorsque la date de l'intervention ou son principe même était en

⁶⁵¹ CE, 17 janvier 1964, *Moreau*, Rec. CE, 1964, Tables, p. 1009.

⁶⁵² CE, 11 juin 1967, *Époux Hulot*, RDP 1967, p. 795.

⁶⁵³ CE, 20 juillet 1990, *M. Claments*, Gaz. Pal. 1991, I, somm., p. 14.

⁶⁵⁴ CE libanais, 28 mai 1963, *Michel Trabay et son épouse / La commune de Beyrouth*, n° 926, Rec. CE libanais, 1963, II, p. 196.

⁶⁵⁵ CE, 3 novembre 1982, *CHR de Grenoble*, Rec. CE, 1982, p. 742.

⁶⁵⁶ CE, 12 juin 1970, *Dame Nercam*, Rec. CE, 1970, p. 406.

cause, la jurisprudence était partagée⁶⁵⁷. En tout état de cause, la responsabilité de l'établissement public de santé était engagée lorsque le choix arrêté présentait, en l'absence d'urgence, des risques inutiles en l'état des connaissances de la science médicale.

S'agissant de l'intervention chirurgicale en elle-même, le recours en indemnité était très souvent rejeté à cause du caractère aléatoire de l'art médical⁶⁵⁸. Certes, la solution inverse était consacrée en cas de faute chirurgicale caractérisée, mais le juge se montrait exigeant⁶⁵⁹.

Enfin, l'exigence d'une faute lourde s'imposait aussi en matière d'erreurs médicales postopératoires. En effet, la victime d'un accident survenu dans un établissement hospitalier invoquait souvent, à l'appui de son recours en indemnité, une faute médicale qui se serait produite durant la phase postopératoire. Conformément à une jurisprudence constante, la faute lourde était le plus souvent écartée⁶⁶⁰. En particulier, le moyen tiré d'une sortie prématurée de l'hôpital était systématiquement voué à l'échec, sauf cas exceptionnel⁶⁶¹.

La faute simple correspond à la théorie de la faute de service, c'est-à-dire à une défaillance dans le fonctionnement normal du service, imputable à un ou plusieurs agents de l'administration mais pas à eux personnellement. Elle est suffisante pour engager la responsabilité du service public hospitalier. Cette faute est réalisée par le manquement du service public hospitalier à l'une des obligations suivantes : 1- insuffisance de moyens en matériel ou en personnel⁶⁶² ; 2- retard dans l'administration des soins, mauvaise utilisation du matériel⁶⁶³ ; 3- défaut de surveillance⁶⁶⁴, notamment en psychiatrie ; 4- manquement à l'obligation d'information du patient⁶⁶⁵.

⁶⁵⁷ CE, 5 juin 1981, *Dame Damy*, Rec. CE, Tables, 1981, p. 903 : « considérant qu'il résulte de l'instruction d'autre part que la circonstance que Mme Damy, entrée au centre hospitalier d'Angoulême le 27 octobre, n'a subi une intervention de désoblitération que postérieurement au 30 octobre, n'a été, dans les circonstances de l'espèce constitutive ni d'une faute lourde d'ordre médical, ni d'une faute dans l'organisation du service » ; tandis que, l'arrêt CE, 3 novembre 1989, *CH de Melun*, Gaz. Pal. 1990, I, somm., p. 280 : il a considéré que « le retard apporté par l'équipe hospitalière présente lors de l'accouchement à prendre la décision de pratiquer une hystérectomie, alors qu'une hémorragie utérine massive s'était déclarée depuis plus d'une demi-heure, est constitutif en l'espèce d'une faute lourde ».

⁶⁵⁸ CE, sect., 21 mars 1969, *CHR de Montpellier*, Rec. CE, 1969, Tables, p. 952.

⁶⁵⁹ CE, 12 février 1943, *Cie d'assurances « La Norwich Union »*, Rec. CE, 1943, p. 41.

⁶⁶⁰ CE, 1^{er} octobre 1969, *Bonthoux*, Rec. CE, 1969, Tables, p. 952.

⁶⁶¹ CE, 18 janvier 1984, *Vigouraux*, Rec. CE, 1984, Tables, p. 741.

⁶⁶² CE, 16 avril 1980, RDP 1980, p. 1762.

⁶⁶³ CE, 15 avril 1983, RDSS 1983, p. 716.

⁶⁶⁴ CE libanais, 23 novembre 1999, *Morched Ziaiter / l'État libanais*, Rec. CE libanais, 2003, n° 15, I, p. 135.

⁶⁶⁵ CE, 30 juin 1978, D. 1979, p. 111.

De plus, la faute simple concerne non seulement le fonctionnement administratif, par exemple le défaut d'information d'un malade sur les conséquences financières de son transfert dans une unité de soins de longue durée, soumise à un régime financier différent⁶⁶⁶. Elle concerne aussi l'organisation de l'activité médicale⁶⁶⁷ et les actes dits de « soins courants » susceptibles d'être accomplis en dehors de la surveillance directe d'un médecin. Il s'agit par exemple des injections ou des perfusions.

Or, la notion de la faute lourde n'a jamais été définie. Était considérée comme une faute lourde la faute décrétée comme telle par le juge. Tout est affaire de circonstance, la qualification était un cas d'espèce. De manière générale, pourtant la faute lourde présentait un certain degré de gravité. Elle était une faute importante et révélait nécessairement un caractère exceptionnel. Il nous semble difficile de maintenir pareille conception. Tant l'évolution générale de l'acte médical que le droit de la responsabilité administrative devaient conduire inévitablement à une « libéralisation » de la notion. Le problème de sa distinction avec la faute simple se pose alors de manière accrue soit à travers sa notion qui est difficile à définir (I), soit en raison de sa fonction qui est délicate aussi à justifier (II).

I. La faute lourde, une notion difficile à définir

Le droit à un tribunal n'implique pas seulement l'obligation à la charge de l'État de s'abstenir d'apporter des entraves à l'accès à un tribunal. L'effectivité de ce droit emporte nécessairement le fait que le recours conduise à un contrôle juridictionnel réel. Or l'exigence d'une faute lourde dans le domaine hospitalier a abouti dans un certain nombre d'hypothèses à établir une irresponsabilité de fait de la puissance publique⁶⁶⁸. La preuve de la faute lourde devant le juge est une mission très difficile pour ne pas dire impossible. Ceci rend le droit à un recours effectif un droit illusoire.

La Cour de Cassation française y a été sensible, et cela l'a conduit à « libéraliser » la définition de la faute lourde. Elle semble avoir été moins exigeante sur la notion de faute lourde dont elle donne une définition : « *constitue une faute lourde toute déficience*

⁶⁶⁶ CE, sect., 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, Rec. CE, 1991, P. 12.

⁶⁶⁷ CE, 7 avril 1967, *CHR Orléans*, Rec. CE, 1967, p. 300.

⁶⁶⁸ Voir dans ce sens CE, 7 décembre 1977, *Directeur général de l'Assistance publique à Paris / Renard*, Rec. CE, 1977, p. 489 : « *Considérant [...] qu'à supposer que les médecins qui ont examiné le sieur Renard aient sous-estimé la gravité de son état, ni cette erreur dans le diagnostic, ni le fait qu'il ne leur ait pas paru urgent de recourir immédiatement à l'avis d'un psychiatre [...], ni le caractère insuffisant des médications prescrites [...] n'établissent que les membres du personnel médical de l'hôpital aient, en l'espèce, commis une faute lourde [...]* ».

caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public à remplir la mission dont il est investi »⁶⁶⁹. C'est une conception extensive et élargie qui est ici retenue, au regard de la jurisprudence antérieure. Selon le juge judiciaire, la faute lourde révélait la mauvaise foi, l'animosité personnelle ou l'intention de nuire. Elle était « celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entraîné », ou bien elle révélait « une intention de nuire de celui dont le justiciable critique les actes », ou « un comportement anormalement déficient »⁶⁷⁰. Cette orientation vers un concept objectif de la faute lourde qui permet de prendre en compte le comportement d'ensemble du service et la somme des négligences commises, qui n'est plus nécessairement l'erreur grossière⁶⁷¹, entraîne une confusion avec la faute simple.

Par ailleurs, la distinction entre la faute qualifiée et la faute simple résultait toujours de l'appréciation du juge. Ainsi, en matière médicale, le défaut d'organisation et de fonctionnement du service public hospitalier était devenu un chef démesuré de responsabilité. Il recouvrait des actes qui manifestement se rattachaient à des actes médicaux ou chirurgicaux, au point de devenir « une clause de style », la finalité étant d'assurer une meilleure indemnisation des victimes. Antérieurement, le juge administratif a dû définir des actes dont la qualification était assez délicate. Par exemple, il a décidé qu'une perfusion est un acte de soins courant mais pas une artériographie⁶⁷². De même, un accouchement difficile constitue un acte médical et une sage-femme n'est pas qualifiée pour l'exécuter⁶⁷³.

Cependant, le juge administratif a mené une véritable politique jurisprudentielle de « disqualification » des actes médicaux. Cette politique a consisté à interpréter très extensivement la notion de faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, sans oublier une certaine tendance à multiplier les présomptions de faute en facilitant l'indemnisation des victimes. L'extension de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service a intéressé tout particulièrement les actes médicaux et autres interventions chirurgicales accomplies par des collaborateurs non qualifiés. Cette hypothèse doit être parfaitement comprise : en effet, les usagers du service public hospitalier ont une position

⁶⁶⁹ Voir en ce sens, Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER, *Institutions judiciaires*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, n° 128.

⁶⁷⁰ Cass. civ. 1^{er} avril 1994, *Société S.A. 2000 / Agent judiciaire du trésor*, D. 1994, inf. rap., p. 125.

⁶⁷¹ Cass. civ. ass. Plén., 23 février 2001, *Consorts Bolle-Laroche / Agent judiciaire du trésor*, JCP, éd. G., 2001, II, 10583, note Jean-Jacques MÉNURET.

⁶⁷² Il s'agissait d'une jurisprudence constante, CE, 26 juillet 1985, *CHR de Rennes*, Rec. CE, 1985, p. 257 ; CE, 9 avril 1986, *Ciesla*, Rec. CE, 1986, p. 85.

⁶⁷³ CAA Nantes, 29 novembre 1989, *CHRU de Caen / Époux Abraham*, Rec. CE, 1989, Tables, p. 909.

statutaire et n'ont pas le droit d'être soignés ou d'être opérés par un praticien déterminé ou par le chirurgien de leur choix⁶⁷⁴. L'hypothèse dont il est question ici est réalisée quand certains actes médicaux et chirurgicaux sont accomplis, non par des médecins, mais par des personnels moins expérimentés et moins qualifiés. Il faut dès lors déterminer à quelles conditions ces agissements sont susceptibles d'engager la responsabilité des hôpitaux publics.

Dans ce cas ci, le juge administratif a considéré ces agissements comme fautifs dès qu'un dommage résulte de telles circonstances. De plus, il a subordonné la responsabilité à la seule preuve de la faute simple, au motif que les garanties que les usagers sont en droit d'attendre de l'établissement hospitalier n'ont pas été assurées. C'est donc une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service qui est reprochée à l'hôpital. Il y a « disqualification » de la faute médicale ou chirurgicale au profit de la catégorie de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service.

Ces nouvelles données doivent conduire le juge à redéfinir la notion de faute. Le maintien de la faute lourde ne doit pas conduire à son assimilation à la faute simple. Par ailleurs, il n'est pas souhaitable de transposer la distinction faute lourde-faute simple dans la distinction faute-erreur non fautive. La disparition de la faute lourde dans de nombreux domaines n'implique pas pour autant que toute faute conduise à engager la responsabilité de la puissance publique. Toute erreur n'est pas nécessairement fautive. Le juge conserve son entier pouvoir d'appréciation pour qualifier la faute de nature à engager la responsabilité de la personne publique, ce qui le conduit à prendre en considération le caractère délicat de l'activité en cause.

La spécificité de la faute lourde est alors difficile à trouver. La notion s'élargit, mais sans aller jusqu'à se confondre avec la faute simple. Les deux font l'objet d'une définition *in concreto*. Son exercice est périlleux. Ainsi, la marge de manœuvre est étroite. Son maintien pose le problème de sa fonction.

II. La faute lourde, une fonction délicate à justifier

Historiquement, la faute lourde a permis la transition entre un régime d'irresponsabilité et l'établissement de la responsabilité de la personne publique. Ce rôle est aujourd'hui dépassé.

⁶⁷⁴ CE, 2 mars 1967, *CHU de Montpellier*, Rec. CE, 1967, p. 146.

Le développement de la responsabilité administrative n'est plus à démontrer. Sa survivance est quelque peu paradoxale.

Pourtant elle apparaît comme un instrument entre les mains du juge administratif qui lui permet d'assurer l'articulation entre l'évolution de la société et la règle de droit. Le Commissaire du gouvernement M. STAHL, dans ses conclusions sur l'arrêt *M. Theux*, souligne qu'« à bien des égards, nous percevons le régime de faute lourde comme un héritage édulcoré d'un ancien principe d'irresponsabilité de la puissance publique »⁶⁷⁵. Tous les fondements qui ont pu être avancés pour justifier son maintien peuvent être réfutés.

D'une part, les fonctions de l'État ne sont pas immuables ; elles évoluent en fonction des exigences et des contraintes de la société, nationale et internationale. En France, depuis les années 80, elles connaissent une phase évidente de mutation. L'accroissement de l'autonomie des personnes publiques locales, la part grandissante du droit communautaire et du droit européen obligent l'État à se repositionner. Il semble se considérer dans nombre de domaines comme une autorité de régulation. D'autre part, au Liban, des circonstances différentes ont conduit au même résultat qu'en France. La création des établissements publics pour gérer les hôpitaux du ministère de la santé publique⁶⁷⁶ implique un certain désengagement de l'État, fruit d'une volonté de libéralisation du secteur de l'hospitalisation publique afin d'établir des établissements publics de santé capables de satisfaire les besoins sanitaire et hospitalier des citoyens libanais, surtout pour la classe sociale moins solvable.

Mais, désengagement de l'État ne signifie pas pour autant abandon du secteur en cause, un quasi engagement illustré par la création d'une division au sein du ministère de la santé publique dont une des fonctions est le contrôle et l'harmonisation du travail des établissements publics qui gèrent les hôpitaux publics⁶⁷⁷.

Dans une période de transition comme celle des hôpitaux publics au Liban, une exigence de faute lourde pour engager la responsabilité du service public hospitalier peut être justifiée. Ceci suppose, par suite, un intervalle de flexibilité et de souplesse afin d'assurer une

⁶⁷⁵ CE., sect., 20 juin 1997, *Theux*, Rec. CE, 1997, p. 259, concl. Stahl.

⁶⁷⁶ Loi libanaise n° 544 du 24 juillet 1996 modifiée par la loi n° 602 du 28 février 1997.

⁶⁷⁷ Décret libanais n° 11807 du 30 janvier 2004 relatif à la création d'une division au corps du ministère de la santé publique pour contrôler les hôpitaux pour lesquels des établissements publics ont été établis pour leur gestion, JO libanais du 12 février 2004, n° 8, p. 505.

adaptation constante dans le fonctionnement du service public hospitalier. Il faut de plus prendre en considération l'évolution de la jurisprudence administrative, notamment en France, vers la disparition de la faute lourde comme condition pour engager la responsabilité de la personne publique, ainsi que l'appréciation *in concreto* de la faute médicale tenant en compte les spécificités des situations d'espèce de l'acte médical.

Lorsque le juge administratif abandonne progressivement la nécessité d'une faute lourde au profit d'une faute professionnelle non qualifiée pour les activités médicales, il œuvre dans le sens de l'élargissement de la responsabilité pour faute et de l'effectivité de ce type de responsabilité.

B. Vers un concept unique de la faute médicale

En matière de responsabilité hospitalière, le passage de l'exigence de la faute lourde à la formule de « la faute médicale de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier » est assez connu⁶⁷⁸. Mais, il nous paraît utile de rappeler brièvement les causes de ce revirement jurisprudentiel et sa signification.

Rappelons d'abord que cet abandon de l'exigence de la faute lourde s'inscrit dans un mouvement plus général de restriction du champ de la faute lourde dans bien des domaines, au point de susciter une interrogation sur le maintien de la faute lourde. Mais au-delà de ces raisons générales, il existait des raisons spécifiques très fortes en faveur d'un revirement de jurisprudence. Sans établir de hiérarchie entre elles, on peut relever les raisons suivantes :

En premier lieu, la faute lourde avait tendance à devenir exceptionnelle en matière de responsabilité hospitalière, notamment en France. Il ne faut pas comprendre par là que le juge administratif ait eu tendance à admettre de plus en plus restrictivement la responsabilité de l'établissement hospitalier pour faute médicale, c'était plutôt l'inverse. Le juge administratif français était amené de plus en plus souvent à reconnaître cette responsabilité mais, ne pouvant relever de faute lourde, il parvenait à retenir la responsabilité par d'autres « stratagèmes » juridiques, en qualifiant autrement l'acte ou le fait générateur d'un

⁶⁷⁸ CE, ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, Rec. CE, 1992, p. 171, concl. Legal.

préjudice⁶⁷⁹. En d'autres termes, le juge cherchait parfois à contourner la difficulté résultant de l'exigence de la faute lourde qu'il avait lui-même posée.

En deuxième lieu, la diversité des solutions auxquelles on parvenait pouvait laisser « perplexe », selon le mot du Commissaire du gouvernement à l'époque. Celui-ci faisait valoir qu'une faute lourde était admise en cas de choix d'une méthode d'accouchement présentant des risques sérieux alors que le recours à une autre méthode était possible⁶⁸⁰ tandis qu'elle ne l'était pas si le protocole choisi par le médecin, même sans être le meilleur, ne permettait pas de découvrir un « manquement aux règles de l'art »⁶⁸¹. Certes une vingtaine d'années sépare ces deux décisions, mais il y a cependant de quoi être effectivement « perplexe » et, ainsi qu'on le sait, une bonne jurisprudence est d'abord une jurisprudence compréhensible. Or, ceci était de moins en moins vrai.

En troisième lieu, il ne faut pas sous-estimer, dans l'évolution jurisprudentielle, la menace que constituait l'éventualité du recours au législateur. Dans certains cas, c'est le juge lui-même qui souhaite l'intervention de ce dernier, parce qu'il estime être parvenu au bout de ses possibilités et que seul le législateur peut adopter une nouvelle solution qui met en cause un ou plusieurs principes. Mais, dans d'autres cas, l'intervention du législateur peut apparaître comme un désaveu du juge, ce qui n'est jamais agréable pour ce dernier.

À plusieurs reprises, et bien que cela ne soit évidemment pas officiellement reconnu, on peut penser qu'un revirement jurisprudentiel a été motivé par le souci de ne pas être désavoué, en anticipant la solution qui aurait pu être adoptée par le législateur. Or il se trouve que, dans le domaine de la responsabilité hospitalière, le médiateur de la République, en France, s'était fait l'écho, dans plusieurs de ses rapports, de la situation inacceptable de certaines victimes et avait suggéré, dans son rapport de 1990, le recours au législateur pour faire échec à la jurisprudence du Conseil d'État.

À cette occasion, il est légitime de s'interroger en la matière. Est-ce que cet abandon de la faute lourde par la jurisprudence administrative en 1992 et le législateur en 2002 (I) entraîne

⁶⁷⁹ Par exemple, l'utilisation du système de la présomption de faute en matière des actes de soins courants et bénins.

⁶⁸⁰ CE, 26 mai 1989, *CHU d'Amiens c/ Mme Trancart et autres*, Rec. CE, 1989, p. 636.

⁶⁸¹ CE, 12 juin 1970, *Dame Nercam*, Rec. CE, 1970, p. 406.

automatiquement la substitution de la faute simple pour engager la responsabilité du service public hospitalier (II) ?

I. L'abandon de la faute lourde

La distinction entre actes de soins et actes médicaux conduisait à freiner l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en milieu hospitalier public, contrairement aux établissements privés. En conséquence, par l'arrêt *M. et Mme Vergos* du 10 avril 1992, le Conseil d'État a abandonné l'exigence d'une faute lourde en cas de dommage imputable à un acte médical. Il a simplement relevé l'existence d'une « faute médicale » pour engager la responsabilité de l'hôpital⁶⁸².

En l'espèce, quelques jours avant le terme de grossesse, le 9 mai 1979, Mme V. est admise au centre hospitalier de Belvédère à Mont-Saint-Aignan pour y subir une césarienne sous anesthésie péridurale. Au cours de l'intervention, plusieurs chutes brusques de sa tension artérielle se produisent ainsi qu'un arrêt cardiaque d'une demi-heure. Mme V. est réanimée sur place avant d'être transportée par le SAMU au service de réanimation du CHU de Rouen. Elle y demeure hospitalisée jusqu'au 4 juillet 1979, soit près de deux mois. Mme V. reste atteinte d'importants troubles neurologiques et physiques en raison de l'anoxie cérébrale résultant de l'arrêt cardiaque survenu au cours de l'opération.

Dans son arrêt, le Conseil d'État note que, selon le rapport d'expertise ordonné par le tribunal administratif de Rouen en date de 4 avril 1986, au-delà du risque d'hypotension artérielle lié à l'anesthésie péridurale, la césarienne pratiquée sur *Mme V.* présentait un risque connu d'hémorragie susceptible de provoquer hypotension et chute de débit cardiaque en raison d'un placenta prævia mis en évidence par une échographie. Le juge administratif expose la suite d'erreurs qui a caractérisé le comportement fautif. Avant l'intervention, le médecin anesthésiste administre à *Mme V.* une dose excessive d'un médicament hypotenseur. Dans un délai d'une demi-heure, il en résulte une brusque chute de la tension artérielle ainsi que des troubles cardiaques et des nausées. Malgré ce tableau, le praticien procède à l'administration du produit anesthésique à effet hypotenseur. Une deuxième chute de tension intervient. Après la césarienne et la naissance, une troisième chute de tension se produit, perdure et conduit à l'administration de plasma décongelé insuffisamment réchauffé. Une

⁶⁸² Jurisprudence confirmée par l'arrêt CE, sect., 20 juin 1997, *Theux*, RFDA, 1998, p. 82.

vive douleur et un arrêt cardiaque s'ensuivent. En première instance, le tribunal administratif avait considéré, conformément à une jurisprudence constante, qu'aucune faute lourde n'avait été commise et s'était refusé à engager la responsabilité du service public hospitalier du fait de l'acte médical.

Le Conseil État par son arrêt d'Assemblée du 10 avril 1992 annule le jugement ayant rejeté les conclusions de *M. et Mme. Vergos*, abandonnant ainsi l'exigence d'une faute lourde en considérant « *que les erreurs ainsi commises, qui ont été selon les rapports d'expertise la cause de l'accident survenu à Mme Vergos, constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital* ». Le Conseil d'État renonce donc à la nécessité d'une faute lourde pour engager la responsabilité du service public hospitalier en cas d'acte médical.

Cette évolution illustre les évolutions d'un élément fondamental, la faute, du droit de la responsabilité administrative. Si « *la fonction sociale du droit dépasse très largement les seules considérations contentieuses* »⁶⁸³, l'arrêt *Époux V.* témoigne d'une recherche permanente de l'équité par le juge. En ce sens, non seulement la notion de faute traduit une double proximité avec les concepts de justice et de morale, mais elle démontre une capacité d'adaptation aux évolutions de la société sans altérer sa substance.

En conséquence, cette évolution jurisprudentielle s'est traduite par l'unification du régime de la responsabilité pour faute des hôpitaux, rétablissant l'égalité de traitement entre les victimes dans le secteur public comme privé. Le commissaire du gouvernement M. Legal avait souligné dans ses conclusions⁶⁸⁴ un double changement préalable du droit positif en faveur du « *rétrécissement du domaine de l'acte médical* » et d'une « *banalisation de la faute lourde* ». Il en résultait une certaine incohérence entre les décisions fondées sur « *l'exigence d'une faute lourde classique* » et celles qui limitaient le refus d'engager la responsabilité des hôpitaux « *à l'hypothèse d'une simple erreur non fautive* ». Selon le commissaire du gouvernement, « *une simplification [était] nécessaire* ». Par ailleurs, le juge ne peut être indifférent à l'évolution de la sensibilité de ses concitoyens qui auraient eu de plus en plus de mal à accepter le nécessité d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'hôpital en

⁶⁸³ Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. Alland et S. Rials, Quadrige, Lamy-PUF, oct. 2003.

⁶⁸⁴ Cité par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15 éd., p. 715.

raison d'un acte médical, alors même que l'évolution des connaissances et des techniques a pour effet de priver de fondements concrets la distinction entre faute lourde et faute simple.

Au Liban, la situation de la jurisprudence en matière de responsabilité médicale est prometteuse. Malgré la pauvre productivité de la juridiction judiciaire et la sécheresse de la jurisprudence administrative en matière de la responsabilité médicale, le juge judiciaire a prononcé plusieurs décisions courageuses en la matière notamment dans les dix dernières années⁶⁸⁵. Il est constant dans la doctrine et la jurisprudence libanaises qu'il n'est pas nécessaire que la faute médicale soit grave ou lourde pour engager la responsabilité médicale⁶⁸⁶. Le critère de la faute médicale est basé sur le comportement d'un médecin qui possède une expérience et une connaissance scientifique moyenne dans son domaine de spécificité médicale et son niveau professionnel⁶⁸⁷ : celui qui offre à son malade des soins attentifs et s'incline devant les règles médicales approuvées sauf dans les cas exceptionnels⁶⁸⁸. Le médecin est soumis aux mêmes règles générales de la responsabilité des faits personnels sans avoir de privilèges l'exemptant de sa responsabilité dans le cas où la faute est qualifiée « simple »⁶⁸⁹.

La doctrine et la jurisprudence libanaises apprécient la faute médicale du point de vue *in abstracto*, contrairement à la jurisprudence française qui l'apprécie de façon concrète. Elles comparent le comportement du professionnel de santé incriminé avec celui qu'aurait eu un autre professionnel eu égard à la compétence particulière du médecin (spécialiste ou non) et aux circonstances de son intervention (urgence par exemple).

⁶⁸⁵ Juge civil unique de Beyrouth, 10 novembre 1998, *Wajdi el asaad/ D. Faissal Najjar et Hôpital universitaire américain*, n° 1068/98, Revue Al-Adl, 1999, p. 136, Me Maurice Diab commentant sur ce jugement « une décision engage la responsabilité médicale du médecin après 20 ans de décisions n'engageant pas la responsabilité médicale civile de celui-ci » ; CA de Beyrouth, 3^{ème} chambre, 9 mai 2002, *el asaad/ D. Faissal Najjar et Hôpital universitaire américain*, n° 946/2002, Revue Al-Adl, 2002, p. 359 ; Juge civil unique de Beyrouth, 28 février 2007, *George Tayea/ D. V.*, Revue Al-Adl, 2007, n° IV, p. 1854 : responsabilité du médecin du défaut d'exécution de son obligation d'information ; Tribunal de première instance à Bekaa, 2^{ème} chambre, 13 novembre 2004, *George Abou Raad/ D. A.A.*, n° 55, Revue Al-Adl, 2005, n° II, p. 859 : négligence dans le diagnostic du patient qui a entraîné la perte de chance de guérison ; Tribunal de première instance de Bekaa, 2^{ème} chambre, 3 novembre 2004, *Laure Sawaya et consorts/ D. W. A.*, n° 52, Revue Al-Adl, 2006, n° I, p. 370 : risque non proportionné à l'état sanitaire du malade ; Tribunal de première instance de Bekaa, 2^{ème} chambre, 7 octobre 2005, *Tawfic Saad/ Docteur H. L. et Docteur G. A.*, n° 35, Revue Al-Adl, 2006, n° I, p. 380 : défaut de diagnostic et choix thérapeutique prématuré ; CA civil de Beyrouth, 3^{ème} chambre, 21 juin 2007, *D. Robert Daou/ Gabi Nelbandyan*, n° 976, Revue Al-Adl, 2007, n° IV, p. 1730 : non négligence de la part du médecin.

⁶⁸⁶ MIHIO Hassan, « *La responsabilité du médecin pour ses fautes professionnelles* », Revue Al-Adl, 1996, p. 41.

⁶⁸⁷ Juge civil unique de Beyrouth, 28 février 2007, *George Tayea/ D. V.*, Revue Al-Adl, 2007, n° IV, p. 1854.

⁶⁸⁸ NAKIB Atef, *La responsabilité des faits personnels*, Beyrouth, p. 247 ; AWJI Mostafa, *la responsabilité civile*, Beyrouth, p. 282.

⁶⁸⁹ MIHIO Hassan, « *La responsabilité du médecin pour ses fautes professionnelles* », op. cit., p. 41.

Le juge administratif libanais n'a pas pris position en la matière depuis une quarantaine d'années : sa dernière décision en matière de responsabilité médicale date du 28 mai 1963⁶⁹⁰. Au regard de l'évolution du droit de la responsabilité administrative discutée précédemment, nous pouvons estimer que dans le cas où le juge administratif libanais se trouverait devant une affaire à trancher il n'aurait pas de difficulté à choisir le degré de la faute qui engage la responsabilité du service public hospitalier. Compte tenu de la tendance générale qui pousse de plus en plus vers l'engagement de la responsabilité administrative de la personne publique, rien n'empêcherait le juge administratif libanais à faire converger sa jurisprudence avec celle du juge judiciaire.

Cette unification de la faute médicale en France n'est pas seulement une tendance jurisprudentielle car elle a été consacrée par un texte législatif. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a posé le principe de la responsabilité pour faute en matière médicale. Le Code de la santé publique dans son article L. 1142-1 dispose que « *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. [...]* ». La loi confirme la jurisprudence du Conseil d'État français en matière d'abandon de la faute lourde, rejoignant ainsi la Cour de cassation qui considérait dès 1920 que « *les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil s'appliquent à toute faute quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui et il n'existe aucune exception en faveur du médecin* »⁶⁹¹.

Ne doutons pas que cette solution ait fait jurisprudence. Bien sûr, on pourrait nous objecter qu'en 1963, la même Cour de cassation a estimé que « toute faute du médecin engage sa responsabilité »⁶⁹². Mais, l'objection n'est pas irréfutable. Car il ne faut pas se méprendre sur le sens du mot « faute ». Et cela n'avait assurément pas échappé au doyen René SAVATIER

⁶⁹⁰ CE libanais, 28 mai 1963, *Michel Trabay et son épouse / La commune de Beyrouth*, op. cit.

⁶⁹¹ Cité par Anne LAUDE, Didier TABUTEAU, Bertrand MATHIEU, *Droit de la santé*, PUF, 2009, p. 450.

⁶⁹² Cass. civ. 30 octobre 1963, D. 1964, p. 81, note René SAVATIER.

qui, dans l'une de ses notes, relevait que cette « faute », ce n'était pas celle de « l'homme de la rue »⁶⁹³.

La Cour de Cassation française a fait un revirement spectaculaire dans ce domaine par ses deux arrêts historiques de 2010⁶⁹⁴. Celle-ci a fondé son dispositif sur l'article 1382 du Code civil (responsabilité délictuelle) au lieu de l'article 1147 du code civil (responsabilité contractuelle) classiquement invoqué dès l'arrêt *Mercier* en 1936.

Au milieu de ce « pêle-mêle » juridique, l'on peut s'interroger sur la nature de la faute susceptible d'engager la responsabilité du service public hospitalier. La formulation de l'arrêt *Mme Vergos*, « *faute de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier* », reste très contestable dans la mesure où elle paraît laisser subsister la notion de faute n'engageant pas la responsabilité du service⁶⁹⁵.

II. Faute simple substituée à la faute lourde ?

La décision *Époux Vergos* du 10 avril 1992 apparaît comme l'aboutissement d'une jurisprudence dont les principes ont accompagné l'évolution des mentalités et des réalités hospitalières de 1935 à 1992. Comme le soulignait dans ses conclusions le commissaire du gouvernement M. LEGAL, le maintien de l'appellation faute lourde ne pouvait aux yeux des usagers de l'hôpital que disqualifier le contrôle du juge administratif en faisant peser sur lui « *un soupçon de complaisance à l'égard du corps médical. On ne peut plus désormais opposer la faute lourde du juge administratif à la faute caractérisée du juge judiciaire comme le faisait le rapport du médiateur de la République en 1990* ». Ainsi, le Conseil d'État a diffusé un communiqué de presse pour expliquer la portée de sa décision⁶⁹⁶.

⁶⁹³ *Ibidem*

⁶⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, n° 09-10.992, RDSS, 2010, p. 375, obs. F. Arhab-Girardin ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

⁶⁹⁵ Voir dans ce sens : CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sect. réunies, 8 août 2008, *Assistance publique à Marseille*, Rec. CE, 2008, Tables, p. 925 ; CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sect. réunies, 11 juillet 2008, *M. Gérard A. / CHR de Bourges et le centre hospitalier spécialisé Beauregard*, n° 278279, inédit au Recueil Lebon.

⁶⁹⁶ Communiqué de presse du Conseil d'État du 10 avril 1992 : la jurisprudence en matière de responsabilité hospitalière vient de connaître une évolution importante du fait de l'abandon de l'exigence d'une faute lourde pour la mise en cause de la responsabilité des hôpitaux publics en raison des actes médicaux. [...] Compte tenu de la difficulté particulière des actes thérapeutiques et des aléas qu'ils comportent, le juge administratif exigeait toutefois une faute lourde pour les actes médicaux. Il avait certes progressivement rétréci le domaine de l'acte médical et banalisé la faute lourde. Le domaine irréductible de la faute lourde s'est en effet restreint du fait de la conception extensive de la notion de faute dans l'organisation du service. En outre, le Conseil d'État a eu de plus en plus fréquemment recours à la présomption de responsabilité, notamment en matière d'asepsie, mettant ainsi à la charge de l'hôpital les conséquences des infections microbiennes contractées en son sein.

Cette suppression d'une « *sorte de franchise de responsabilité* »⁶⁹⁷ s'est inscrite dans un mouvement plus large tendant à faciliter l'engagement de la responsabilité de l'administration dans ses activités les plus courantes, y compris pour l'activité des SAMU⁶⁹⁸. Mais la question ne s'arrête pas à ce stade, le Conseil d'État affirme dans son arrêt *Mme Guyot*⁶⁹⁹ « *qu'en jugeant ainsi qu'une faute avait été commise, mais que seule une faute lourde aurait été de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier, la Cour a méconnu les règles qui régissent en la matière l'engagement de la responsabilité des personnes publiques* », on peut légitimement penser que la faute lourde serait vouée à disparaître du droit de la responsabilité administrative. Et cela rejoindrait les propos de Jean WALINE qui a pu soutenir la disparition de la faute lourde à moyen terme⁷⁰⁰.

D'abord, on doit noter que le Conseil d'État dans son arrêt *Mme Guyot* était bien décidé à ne pas exhumer la faute lourde. Et c'était la première fois qu'il le fait savoir aussi clairement depuis le déjà célèbre arrêt *Époux Vergos* en 1992. En outre, au regard des termes employés par le juge administratif, il y a lieu de se demander s'il n'a pas voulu viser toutes les activités des services publics, et non pas que le service public hospitalier.

Bien que la décision est des plus utiles en ce que, depuis l'arrêt *Époux Vergos*, le Conseil d'État n'avait donné aucune explication sur la notion de faute médicale, l'explication est venue de la doctrine française. Un courant doctrinal, représenté par René CHAPUS, relevait que « *pour certain et notable que soit le changement, il ne doit pas être surestimé, et cela pour la raison simple que la réalité d'une faute médicale ne peut être reconnue, étant donné les difficultés de l'art médical, que si la faute est bien caractérisée* »⁷⁰¹. Dans le même ordre d'idées, Jacques MOREAU soulignait que la faute médicale est « *une faute simple ou légère*

Le Conseil d'État a franchi une étape supplémentaire dans cette évolution. Prenant acte de ce que la faute lourde est devenue de moins en moins spécifique, il a uniformisé le régime de mise en cause de la responsabilité des hôpitaux et n'exige plus désormais, y compris pour les actes médicaux, qu'une faute, sans la qualifier. Il a de la sorte simplifié et assoupli sa jurisprudence.

Une telle évolution n'aura pas pour autant pour effet de transformer, dans le service public hospitalier, l'obligation de moyens des médecins en obligation de résultat. En particulier, le juge administratif continuera de tenir compte, dans son appréciation de la faute, des difficultés particulières, de l'urgence, de l'état des connaissances et des moyens.

⁶⁹⁷ Cité par le commissaire du Gouvernement M. STAHL dans ses conclusions sur l'arrêt *M. Theux/ CHR de Toulouse*.

⁶⁹⁸ CE, sect., 20 juin 1997, *M Theux / CHR de Toulouse*, Rec. CE, 1997, p. 253.

⁶⁹⁹ CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-section réunies, 27 juin 1997, *Mme Guyot*, Rec. CE, 1997, p. 267.

⁷⁰⁰ WALINE Jean, *L'évolution de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, EDCE, 1995, p. 459.

⁷⁰¹ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^{ème} éd. 2001, n° 1465.

mais qui ne devrait rien perdre de la spécificité de son objet »⁷⁰². En revanche M. PENNEAU soutenait que « désormais une faute simple suffit dans tous les cas à engager la responsabilité du service, quelle que soit la nature de l'acte, acte de soins ou acte médical »⁷⁰³.

Dans les thèses développées par le Doyen SAVATIER et M. DEMICHEL, la spécificité de la faute médicale ressortait avec éclat⁷⁰⁴. Sans doute est-ce dans cette lignée que se situe M. LEGAL lorsqu'il eut ce mot de « faute spécifique » pour qualifier la faute médicale dans ses conclusions sous l'arrêt *Mme Vergos*⁷⁰⁵.

Le Conseil d'État français, dans son arrêt *Mme Guyot*, a considéré que la déchirure de la paroi vésicale survenue au cours de l'hystérectomie est le signe d'une faute médicale, car « une telle déchirure constitue une maladresse dans l'exécution d'une intervention couramment pratiquée ; qu'en outre, le fait que le chirurgien n'a pas constaté la déchirure de la paroi vésicale est constitutif d'une faute d'inattention de sa part [...] »⁷⁰⁶. Ici, la faute d'inattention ou la maladresse s'apprécie par rapport à la science médicale. C'est la médecine, telle qu'elle est au moment des faits, qui peut dire qu'en l'espèce le chirurgien a commis une maladresse, une inattention. C'est parce que le médecin n'a pas respecté les enseignements du savoir médical qu'il s'est rendu passible d'une faute. Et c'est parce que les gestes du savoir médical sont parfaitement connus que tout non-respect est constitutif d'une faute.

En outre, il n'est pas douteux que le raisonnement suivi par les juges peut être généralisé. Peut être est-ce une décision d'espèce, mais le raisonnement du Conseil d'État, lui, est certainement transposable dans tout autre affaire de responsabilité médicale. Ceci lui permettrait de systématiser une certaine notion de la faute médicale, sans oublier, naturellement, que l'acte médical est l'art de l'incertain par excellence. Il faut donc être prudent. On ne saurait confondre faute médicale et faute banale sous peine de déclasser l'art médical au rang de n'importe quelle activité humaine.

⁷⁰² MOREAU Jacques, note sous CE, ass. 10 avril 1992, *Mme V.*, JCP, éd. G., 1992, II, 21881 ; Pour une opinion similaire, voir aussi Didier Truchet, « La responsabilité médicale : de la faute au risque », session de formation continue E.N.M. 29 mai-2 juin 1995, éd. Bergeret 1996, p. 89.

⁷⁰³ PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, p. 61.

⁷⁰⁴ SAVATIER René, *La responsabilité médicale*, RIDC, 1976, p. 493 et André DEMICHEL, droit médical, Berger-Lévrault, 1983, p. 99.

⁷⁰⁵ LEGAL Hubert, conclusions sous l'arrêt CE, ass., 10 avril 1992, *Mme V.*, AJDA, 1992, p. 355.

⁷⁰⁶ CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-section réunies, 27 juin 1997, *Mme Guyot*, op. cit.

Ces simplifications opportunes n'ont pas entraîné un accroissement déraisonnable des hypothèses dans lesquelles la responsabilité des établissements a été retenue. La jurisprudence administrative française a eu la sagesse, comme le constatait le Conseil d'État dans son rapport public de 1998⁷⁰⁷, « *de continuer d'apprécier l'activité médicale à la lumière de ses difficultés spécifiques et d'éviter la confusion entre faute et l'erreur, la maladresse ou l'impondérable qui participent de manière parfois inéluctable aux aléas propres à tout acte médical* ».

Enfin, la faute médicale est bien une faute à part dans les deux systèmes juridiques, libanais et français. Mais, en toute hypothèse, la faute médicale de droit public est devenu exactement la même que celle de droit privé ; l'une comme l'autre ont le même degré. Toutes les deux révèlent une méconnaissance certaine de la technique médicale ou/et des règles d'humanisme. Le rôle du Conseil d'État est de maintenir le cap et de montrer ainsi la voie aux juges du fond⁷⁰⁸, il est incontestable que l'on se dirige vers une convergence pour la faute médicale de plus en plus visible entre les solutions des deux ordres juridictionnels. Cette faute médicale pourrait prendre plusieurs formes différentes qu'il est nécessaire d'étudier.

§ 2. Les formes de la faute médicale

Tout d'abord, il faut rappeler que l'absence d'effets d'un traitement ou l'échec d'une opération chirurgicale ne sont pas en eux-mêmes de nature à établir que le patient a été victime d'une faute⁷⁰⁹. Ainsi, se tromper dans la lecture de différents symptômes, parfois contradictoires, et dans l'appréciation de l'état de santé réel du patient qui guette le meilleur médecin est dans une certaine mesure compréhensible⁷¹⁰. C'est seulement si peut être repéré un acte ou une décision fautive que l'on peut alors envisager la faute et puis la responsabilité du service.

⁷⁰⁷ Rapport public 1998 du Conseil d'État, *Réflexions sur le droit de la santé*, EDCE, n° 49

⁷⁰⁸ Quoique l'on puisse remarquer que certaines juridictions administratives n'avaient pas attendu cet arrêt Mme Guyot pour insister sur la spécificité de la faute médicale : CAA Paris, 6 mars 1997, *Centre hospitalier intercommunal Robert Ballanger*, n° 94PA01139 et n° 95PA02196, Inédit au recueil Lebon. Voir aussi : CAA de Nancy, 4 mars 1997, *Debruyne*, n° 93NC01192, Inédit au recueil Lebon. Quoique l'on puisse également remarquer l'absence d'uniformité entre les juges du fond, voir notamment : TA de Besançon, 23 mai 1995, *Gaz. Pal.* 20 et 30 décembre 1995, p. 169. Dans cette affaire, le juge administratif a relevé l'existence d'une faute médicale légère. Cela crée une confusion avec la faute de tous les jours. Car de deux choses l'une : ou bien il y a faute, c'est-à-dire que le médecin n'a pas respecté ce qui était connu de la science médicale. Dans ce cas, il est surabondant de se demander si la faute est légère ou pas ; ou bien il n'y a pas faute, c'est-à-dire que l'homme de l'art a scrupuleusement respecté les données de la science médicale. Et, par conséquent, sa responsabilité ne peut être engagée.

⁷⁰⁹ CE, 29 décembre 1997, *Kagan*, n° 158938, Inédit au recueil Lebon.

⁷¹⁰ CE, 6 juillet 1934, *Époux Paillat*, *Rec. CE*, 1934, p. 788.

Pour le juge administratif, condamner une erreur médicale est une décision lourde, toujours prise en formation collégiale après les conclusions du rapporteur public⁷¹¹ en France et le commissaire du gouvernement au Liban. Le juge administratif ne dispose évidemment pas de l'ensemble des connaissances techniques des praticiens ; il juge au vu du dossier qui lui est soumis, et en particulier des conclusions de l'expert. De même, avant de censurer les décisions prises par des équipes médicales entières, par exemple en matière de choix thérapeutique, le juge mesure de manière très approfondie les conséquences de ses décisions. La motivation des décisions juridictionnelles est, dans ces hypothèses, particulièrement importante.

Les fautes médicales recouvrent principalement deux catégories qui interfèrent dans le travail de n'importe quel médecin, dans le domaine public comme dans le privé. L'une, est la faute qui a un caractère intellectuel (A), l'autre, c'est la faute dont le caractère manuel est dominant (B).

A. Faute à caractère intellectuel

Conformément à la nature de l'acte médical, le médecin exécute à l'occasion de son travail, notamment chirurgical, deux types de travail. L'un est intellectuel, l'autre est manuel. Un effort intellectuel domine la première et la deuxième phase de l'acte du médecin : en d'autres termes, la phase de diagnostic qui est suivie par une autre celle du choix thérapeutique. Dans la phase de diagnostic (I), le médecin essaye de comprendre et de comparer tous les symptômes sur lesquels celui-ci va construire son choix thérapeutique le plus approprié avec l'état de santé de son patient (II).

I. Faute dans le diagnostic

L'établissement du diagnostic est l'un des moments clefs de l'art de la médecine et l'un des plus délicats. C'est en quelque sorte le carrefour à partir duquel, au vu des antécédents, des symptômes et de l'examen physique, une stratégie thérapeutique est choisie de préférence à une autre. Les accidents médicaux trouvent souvent leur origine dans une erreur de diagnostic, susceptible de constituer une faute. Le Code de déontologie médicale français

⁷¹¹ Une appellation mise en vigueur depuis le 1^{er} février 2009 en France par le décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, JO du 8 janvier 2009, p. 479.

impose au médecin d'élaborer son diagnostic « avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés »⁷¹². Dans le même sens, le Code de déontologie libanais impose au médecin au cours de son diagnostic de prendre en compte toutes les mesures et les connaissances actuelles de la médecine en s'aidant avec des autres médecins compétents si nécessaire⁷¹³.

Dans ce domaine, les conclusions de l'expert sont cruciales, notamment sur le point de savoir s'il peut être reproché à l'établissement de ne pas avoir fait réaliser tel ou tel autre examen complémentaire. Ces exigences sont naturellement dépendantes de la nature des matériels couramment employés dans les hôpitaux publics libanais ou français, par exemple pour les équipements à résonance magnétique (IRM...).

Pourtant, poser un diagnostic est une opération difficile. Ainsi, la faute du médecin est rarement reconnue à propos de l'opération intellectuelle d'établissement du diagnostic. Le juge tient en compte cette difficulté théorique, l'ambiguïté éventuelle des symptômes qui peuvent masquer les véritables causes d'une pathologie, la méthode employée par le praticien et son équipe pour prendre sa décision, et la rareté de la pathologie. Ce que l'expert écrira dans son rapport est ici déterminant.

En revanche, si le dossier le permet, le juge sanctionnera plus facilement le manquement à une « obligation de moyens » qui a, par exemple, empêché le praticien de disposer de tous les éléments pour analyser la situation et qui a privé le patient d'une chance de voir le bon diagnostic posé⁷¹⁴. Dans une affaire, le Conseil d'État français a annulé un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes qui avait rejeté la demande des *consorts Klein* dirigée contre le centre hospitalier départemental de la Roche-sur-Yon visant à les indemniser du préjudice subi par le jeune *Sébastien Klein* des suites d'une épiphysiolyse. Le Conseil d'État a en effet relevé que contrairement à ce qu'avait jugé la cour administrative, la victime avait bien été privée, selon le rapport d'expertise, d'une chance de voir réduites les séquelles consécutives à l'épiphysiolyse dont il était atteint du fait d'une faute du centre hospitalier résidant, précisément, dans une erreur de diagnostic reconnue pour la cour d'appel mais considérée

⁷¹² Art. R. 4127-33 du CSPF.

⁷¹³ Art. 28 de la loi de déontologie médicale libanaise, JO. Libanais, n° 9, 1994, p. 239.

⁷¹⁴ Tribunal de première instance de Bekaa, 2^{ème} chambre, 13 novembre 2004, George Abou Raad / Docteur A.A., Revue Al-Adl, 2005, n° 2, p. 859.

comme n'ayant entraîné aucun préjudice⁷¹⁵. La cour avait estimé en effet qu'un examen « approfondi » avec mobilisation de la hanche aurait permis de faire le diagnostic d'épiphysiolyse et de pratiquer aussitôt sa réduction par voie chirurgicale. Dès lors qu'une réduction précoce d'épiphysiolyse aurait entraîné des risques moindres pour le patient et qu'un préjudice résultait de cette erreur initiale de diagnostic, le Conseil d'État a annulé l'arrêt de la cour d'appel et renvoyé l'affaire à cette même juridiction.

Dans une affaire d'omission de faire pratiquer un second examen en cas de doute sur la validité du premier⁷¹⁶, la cour administrative d'appel de Lyon a considéré que le centre hospitalier de Bourgoin-Jallieu devait être déclaré responsable du décès de *M. Sirand*⁷¹⁷. En l'espèce, à la suite d'une collision avec un autre véhicule, M. Sirand a été admis en fin d'après-midi au service des urgences au centre hospitalier de Bourgoin-Jallieu où il a fait l'objet d'un examen clinique, d'une radiographie et d'une analyse de sang qui a fait apparaître un taux d'alcoolémie de 3,44 grammes par litre. L'intéressé a été remis aux gendarmes de la brigade territoriale de la Tour du Pin qui l'ont placé dans une chambre de sûreté où il a passé la nuit. Après avoir été entendu le lendemain vers 11h sur les circonstances de l'accident M. Sirand a regagné son domicile en fin de matinée. L'intéressé est décédé le même jour à 17h 30 à la suite d'une hémorragie provoquée par le traumatisme thoracique qu'il avait subi lors de l'accident ayant motivé son hospitalisation.

Revenons sur les circonstances de l'accident, l'équipe médicale qui a pris en charge M. Sirand était informée de la nature de l'accident dont le patient avait été victime en particulier de ce que son véhicule avait été déformé par le choc au point qu'il avait dû être désincarcéré par les sapeurs-pompiers. Compte tenu de l'effet analgésique de l'alcool qu'avait ingéré l'intéressé, le fait que celui-ci ne se soit pas plaint de douleurs thoraciques au cours de l'examen auquel il l'a soumis n'autorisait pas l'interne de garde à conclure qu'il ne souffrait d'aucun traumatisme interne. Dans ces conditions s'imposait impérativement, selon le rapport d'expertise, une mise en observation du patient qui aurait permis notamment par un contrôle régulier de sa tension artérielle, complété le cas échéant par une radiographie du thorax et une prise de sang qui aurait fait apparaître une anémie, de déceler l'hémorragie.

⁷¹⁵ CE, 13 octobre 1997, *Consorts Sébastien et Désiré Klein*, n° 168851, Inédit au recueil Lebon.

⁷¹⁶ CE, 14 février 1997, *CHR de Nice / Quarez*, Rec. CE, 1997, p. 44 ; CE libanais, 28 mai 1963, *Michel Tarabay et son épouse / État libanais*, n° 926, Revue de la jurisprudence administrative au Liban, 1963, II, p. 196 : le juge administratif libanais a considéré que de ne pas mettre en œuvre tous les moyens disponibles constitue une erreur fautive.

⁷¹⁷ CAA Lyon, 31 décembre 1993, *Consorts Sirand*, n° 91LY01075, Inédit au recueil Lebon.

Ensuite, une décision hâtive, fondée sur un diagnostic erroné, en l'absence de nécessité, peut également conduire à engager la responsabilité du service public hospitalier : dans ce sens l'arrêt du Conseil d'État qui a mis en œuvre la responsabilité du centre hospitalier du Mans à cause d'une ablation d'un rein sans nécessité médicale⁷¹⁸. La faute peut aussi résulter de l'absence de remise en cause par les équipes soignantes du diagnostic initial, alors même que plusieurs éléments devaient conduire à examiner le dossier sous un angle différent⁷¹⁹.

Dans d'autres cas, le juge administratif français a considéré qu'une faute lourde et, a fortiori, après son revirement par l'arrêt *Époux Vergos*, une faute médicale sans une gravité qualifiée suffit pour engager la responsabilité du service public hospitalier. La responsabilité de celui-ci a été mise en cause pour erreur de diagnostic en cas de surdité quasi-totale non décelée⁷²⁰, ou de fracture du fémur non soignée⁷²¹. Il en va de même lorsqu'un interne, en l'absence de recherche du taux de glycémie, traite un coma diabétique par glucose hypertonique aggravant son état⁷²² ou lorsqu'il est fait procéder à des investigations sans rapport avec l'intoxication et dont le patient conserve de graves séquelles⁷²³. Est également engagée la responsabilité de l'établissement hospitalier en cas d'une carence dans le diagnostic d'une affection susceptible de s'aggraver rapidement chez un nouveau-né et le retard mis à informer les parents⁷²⁴. Le juge a aussi condamné pour une erreur de diagnostic qui résultait du fait qu'il n'avait pas été tenu compte des antécédents du malade⁷²⁵ ou pour la négligence consistant à s'abstenir de procéder à un traitement antitétanique alors que les risques de tétanos étaient réels⁷²⁶ ou pour le refus d'admettre le diagnostic d'appendicite posé par le médecin traitant⁷²⁷.

Un geste médical n'est pas toujours à l'origine de l'aggravation de l'état de santé du patient. Un retard de diagnostic peut aussi être une abstention fautive, à propos d'une thrombophlébite diagnostiquée à la suite de la réalisation tardive d'un examen par IRM⁷²⁸, ou

⁷¹⁸ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 30 mars 2009, *M. A.*, n° 304462, inédit au recueil Lebon.

⁷¹⁹ CE, 8 août 2008, *Assistance publique à Marseille*, Rec. CE, 2008, Tables, p. 870.

⁷²⁰ CE, 17 janvier 1986, *Clamens*, Rec. CE, 1986, Tables, p. 706.

⁷²¹ CE, 10 novembre 1976, *CPAM de Montbéliard et Rivalland*, Rec. CE, 1976, Tables, p. 1114.

⁷²² CE, 1^{er} décembre 1978, *Artéon*, Rec. CE, 1978, p. 485.

⁷²³ CE, 6 mai 1988, *Administration générale de l'Assistance publique de Paris / Léone*, Rec. CE 1988, p. 186.

⁷²⁴ CE, 9 juillet 1975, *Grand clément*, Rec. CE, 1975, p. 421.

⁷²⁵ CE, 15 juin 1990, *Mme Manicciaci*, Rec. CE, 1990, Tables, p. 975.

⁷²⁶ CE, 19 avril 1989, *Centre hospitalier du Lamentin / Consorts Mémorier*, n° 69338, Inédit au recueil Lebon.

⁷²⁷ CE, 1^{er} juin 1988, *CHR de Cognac*, n° 77425, Inédit au recueil Lebon.

⁷²⁸ CE, 24 juillet 2009, *Consorts A.*, n° 292159, Inédit au recueil Lebon.

à propos d'une tumeur abdominale maligne détectée tardivement par défaut de réalisation d'une échographie⁷²⁹, ou à propos d'un défaut de transfert du patient vers le centre hospitalier qui disposait de l'équipement nécessaire pour réaliser une artériographie⁷³⁰. La même solution a été retenue pour une jeune patiente traitée pour une otite microbienne qui présentait des symptômes persistants. Le rapport d'expertise permettait d'établir qu'une réévaluation du diagnostic ainsi que la prescription d'examen complémentaires devaient être réalisées dès la deuxième consultation. Ce retard de diagnostic de la méningite à pneumocoque est de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier⁷³¹. Pourtant, un mauvais choix thérapeutique peut engager la responsabilité du service public hospitalier même si celui-ci était construit sur un bon diagnostic.

II. Faute dans le choix thérapeutique

Trancher pour un choix thérapeutique est un travail difficile pour le médecin. Le Code de déontologie médicale français affirme le principe de la liberté du praticien dans le choix de ses prescriptions⁷³², sous réserve de ce qui est « *nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins* », en tenant compte « *des avantages, des inconvénients et des conséquences des différents investigations et thérapeutiques possibles* »⁷³³. Le Code de déontologie médicale libanais⁷³⁴ suffit, dans le paragraphe 2 de l'article 8 à confirmer la liberté du praticien dans le choix de ses prescriptions, sous réserve de ce qui est la plus approprié pour son patient, ainsi que, l'engagement du praticien envers son patient à lui donner des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science⁷³⁵.

Toutefois, le choix d'une thérapie et d'une stratégie de soins peut constituer une faute quand le médecin méconnaît gravement le diagnostic, ou qu'il a été fait sans que les examens nécessaires aient été réalisés⁷³⁶, ou bien quand il néglige de rechercher des contre-indications

⁷²⁹ CE, 24 juillet 2009, *Centre hospitalier de Sens*, n° 306842, Inédit au recueil Lebon.

⁷³⁰ CE, 15 mai 2009, *Centre hospitalier intercommunal d'Alençon-Mamers*, n° 314745, Inédit au recueil Lebon.

⁷³¹ CE, 3 avril 2009, *Hospices civils de Lyon*, n° 306777, Inédit au recueil Lebon.

⁷³² Art. L. 162-2 du CSSF.

⁷³³ Art. R. 4127-8 du CSPF.

⁷³⁴ Loi de déontologie médicale libanaise, JO. Libanais, op. cit.

⁷³⁵ Art. 28 de la loi de déontologie médicale libanaise, op. cit.

⁷³⁶ CE, 23 décembre 1981, *CH Sainte-Anne*, Rec. CE, 1981, Tables, p. 909 ; Cour d'appel civil à Beyrouth, 3^{ème} chambre, 9 mai 2002, *Wajdi Saad et ses consorts / Docteur Najjar et AUH*, Revue Al-Adl, 2002, p. 359.

éventuelles par exemple pour le choix de médicaments⁷³⁷ ou de vaccin⁷³⁸, ou encore, lorsqu'il fait courir au malade des risques que ni son état, ni l'urgence ne pouvaient justifier⁷³⁹.

En revanche, le choix thérapeutique n'est pas fautif lorsque la méthode retenue comportait moins de risques que la méthode écartée⁷⁴⁰ ou lorsqu'il n'existait aucune alternative au traitement, quels que soient ses inconvénients. Une jurisprudence assez abondante en France s'était développée sur ce point à l'occasion de l'oxygénothérapie des prématurés, seule technique, semble-t-il, qui permettait à l'époque de sauver certains prématurés mais qui comportait des risques élevés de cécité⁷⁴¹.

Aujourd'hui, en France, cette question est réglée par un régime spécial apporté par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Si la question du choix des méthodes employées par l'équipe obstétricale lors d'un accouchement, et en particulier du choix entre un accouchement par césarienne ou par voies naturelles, est régulièrement posé au juge⁷⁴², alors même que les « doctrines médicales » varient d'un établissement à l'autre ou d'un médecin à l'autre et même d'un pays à l'autre, la décision revient à l'équipe médicale. Dans certains cas très particuliers, le juge a été amené à juger fautive la décision de ne pas recourir à une césarienne⁷⁴³.

Cette responsabilité dans le choix thérapeutique peut être issue non seulement du choix thérapeutique fautif mais aussi du retard fautif dans le choix thérapeutique. Par exemple, un choix thérapeutique peut se rapprocher de la faute dans l'organisation du service public hospitalier lorsqu'est en cause le placement tardif en chambre stérile d'un enfant dont les défenses immunitaires sont très affaiblies⁷⁴⁴. Il en a été jugé de même pour le cas du jeune Joël Pesce, alors âgé de 22 mois, qui a subi le 6 décembre 1991 à la clinique de la Mouillère à

⁷³⁷ CE, 12 décembre 1975, *Ministre de la coopération / Lerat*, Rec. CE, 1975, Tables, p. 1244.

⁷³⁸ CE libanais, 28 mai 1936, *Michel Tarabay et son épouse / État libanais*, op. cit.

⁷³⁹ CE, 29 janvier 1982, *Mlle Ciacci*, Rec. CE, 1982, Tables, p. 743 ; Tribunal de première instance de Bekaa, 2^{ème} chambre, 6 octobre 2005, *Toufik Saad / Docteurs H. L. et J. A.*, Revue Al-Adl, 2006, n° 1, p. 380.

⁷⁴⁰ CE, 29 juin 1990, *Consorts Danet*, Gaz. Pal., 13-14 février 1991, p. 13.

⁷⁴¹ CE, sect., 6 décembre 1978, *Giral*, Rec. CE, 1978, Tables, p. 947

⁷⁴² CAA Nancy, 3^{ème} chambre, 7 janvier 2010, *Hôpitaux universitaires de Strasbourg*, n° 08NC01374, Inédit au recueil Lebon.

⁷⁴³ CE, 30 juin 1999, *Centre hospitalier d'Aix les Bains*, Rec. CE, 1999, Tables, p. 1012 ; Tribunal de première instance de Bekaa, 2^{ème} chambre, 3 novembre 2004, *Laure Sawaya et ses consorts / docteur W. A.*, Revue Al-Adl, 2006, n° 1, p. 370.

⁷⁴⁴ CE, 10 avril 2009, *Hospices civils de Lyon*, Rec. CE, 2009, Tables, p. 941.

Besançon une opération chirurgicale destinée à remédier à une malformation thoracique⁷⁴⁵. À l'issue de cette opération, il a été admis le 7 décembre 1991 au service de réanimation pédiatrique de l'hôpital Saint-Jacques dépendant du CHRU de Besançon. Le dimanche 8 décembre 1991, vers 11 heures, l'infirmière de garde, alertée par l'alarme du cardioscope, a constaté que l'enfant Joël Pesce, dont l'état était demeuré stable jusqu'alors, était cyanosé et que son rythme cardiaque avait fortement baissé. Le médecin de garde a immédiatement entrepris une ventilation à l'oxygène pur après avoir retiré la sonde d'intubation dont il avait diagnostiqué l'obturation et l'avoir remplacée par une sonde perméable. Cependant le rythme cardiaque de l'enfant n'a pu être normalement rétabli qu'après que le chef de clinique d'astreinte, présent dans les locaux de l'hôpital, se soit rendu auprès de l'enfant pour effectuer un massage cardiaque externe, rendu délicat par l'opération thoracique subie par celui-ci, et pour appliquer un traitement médicamenteux. Cette insuffisance cardio-circulaire momentanée a provoqué une grave anoxie cérébrale de l'enfant ayant entraîné une tétraplégie et une importante cécité. La cour a considéré que le retard de quelques minutes mis pour traiter cette insuffisance constituait une faute de nature à engager la responsabilité du CHRU de Besançon.

Mais, la faute médicale peut prendre aussi une forme différente de celles de fautes médicales intellectuelles. La faute commise pendant l'exécution de la thérapie choisie suite à un geste manuel mal dirigé.

B. Faute à caractère manuel

Le Code de déontologie médicale, en France comme au Liban, impose aux médecins une obligation de compétence professionnelle qui s'apprécie au regard de l'état des connaissances et de la science. Même si le juge tient compte de l'urgence des situations et des difficultés propres à certains actes médicaux, il veille avec rigueur, au travers de sa jurisprudence, au respect de cette obligation déontologique, juridique et morale, de compétence professionnelle. Le Code déontologique impose, en outre, la compétence professionnelle à l'exécution de l'acte médical (I), une vigilance professionnelle au cours et après l'acte médical opératoire (II). La négligence de la part du médecin est sanctionnée par le juge, qu'elle apparaisse lors de la prise en charge du patient avant, pendant et après l'acte médical.

⁷⁴⁵ CAA Nancy, 29 juin 1995, *M. Pesce/ CHRU de Besançon*, n° 93NC01053 et n° 93NC01149, Inédits au recueil Lebon.

I. Faute dans l'exécution de l'acte médical

La faute médicale technique fait partie de la vie des établissements hospitaliers et de leurs équipes. Tout praticien a, sans doute, connu dans sa carrière un geste médical plus ou moins réussi, voire manqué, avec des conséquences plus ou moins graves.

L'évolution de la jurisprudence et l'abandon de la faute lourde en France ont produit leurs effets au premier chef dans le domaine de la faute technique. Là où, avant 1992, le juge administratif français pouvait hésiter à qualifier de faute lourde une erreur ou une maladresse, de telles erreurs médicales sont aujourd'hui la cause de condamnations des établissements hospitaliers, en particulier pour des spécialités très exposées comme la chirurgie ou l'obstétrique, le juge administratif s'étant sensiblement rapproché des raisonnements du juge judiciaire.

En matière chirurgicale, l'arrêt *Mme Guyot*⁷⁴⁶ illustre l'évolution du régime de la faute engageant la responsabilité hospitalière et l'abaissement du seuil de maladresse en résultant en matière chirurgicale. *Mme Guyot* avait subi, le 20 janvier 1984, une hystérectomie au centre hospitalier de Châtillon-sur-Seine pour une lésion intérieure bénigne. Au cours de cette intervention la patiente a été victime d'une déchirure de la paroi vésicale provoquant une fistule vésico-vaginale.

Alors que le tribunal administratif de Nancy avait, dans un premier temps, retenu la responsabilité de l'établissement hospitalier par jugement du 18 octobre 1988, la cour administrative d'appel de Nancy, par arrêt en date du 9 juillet 1991, avait annulé ce jugement et rejeté la demande indemnitaire de *Mme Guyot* au motif que « *la maladresse ou l'inattention imputable au chirurgien ne saurait être regardée comme présentant le caractère de gravité constitutif d'une faute lourde susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement hospitalier* »⁷⁴⁷.

Statuant en 1997, le Conseil d'État ne pouvait naturellement retenir cette motivation puisqu'il avait lui-même décidé, dès 1992⁷⁴⁸, d'abandonner l'exigence de la faute lourde. Après avoir annulé l'arrêt de la cour d'appel de Nancy, le Conseil d'État a considéré au

⁷⁴⁶ CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-section réunies, 27 juin 1997, *Mme Guyot*, op. cit.

⁷⁴⁷ CAA Nancy, 9 juillet 1991, *Mme Guyot*, n° 89NC00842, Inédit au recueil Lebon.

⁷⁴⁸ CE, 10 avril 1992, *Époux Vergos*, op. cit.

contraire que « *quel qu'ait été l'état général de Mme Guyot, une telle déchirure constitue une maladresse dans l'exécution d'une intervention couramment pratiquée* » et « *qu'en outre, le fait que le chirurgien n'a pas constaté la déchirure de la paroi vésicale est constitutif d'une faute d'inattention de sa part* »⁷⁴⁹.

D'autres exemples de cas dans lesquels la faute a été retenue avant 1992, et, a fortiori, retenue aujourd'hui peuvent être apportés : doses excessives de rayonnement⁷⁵⁰ ; maladresse à l'occasion d'une anesthésie, le praticien n'ayant pas tenu compte d'une particularité anatomique apparente du patient⁷⁵¹ ; atteinte accidentelle portée à un organe et méconnaissance des règles de la technique opératoire⁷⁵².

En matière obstétricale, la mauvaise application des forceps, alors que le praticien n'avait pas une connaissance précise de la position de l'enfant, caractérise une faute⁷⁵³. Le juge administratif a ainsi sanctionné des cas de perforation de l'utérus⁷⁵⁴, de blessure au bras du fœtus suite à une ponction amniotique rendue risquée par l'imminence de l'accouchement ou de blessure du fœtus à deux endroits sur la joue gauche lors d'une amniocentèse⁷⁵⁵.

De même, l'oubli d'objets divers, tels que des compresses, d'un corps étranger visible sur une radiographie dans la lèvre d'un patient⁷⁵⁶, d'une pièce métallique retrouvée au cours d'une autre intervention⁷⁵⁷ ou des champs opératoires⁷⁵⁸, dans le corps du patient ou l'erreur sur la partie du corps à traiter sont les illustrations les plus caricaturales de la faute médicale. Dans son arrêt du 21 mai 2008⁷⁵⁹, le Conseil d'État a condamné le centre hospitalier du Havre pour préjudice subi à *M. A.* suite à une deuxième intervention pour retirer une compresse oubliée dans le corps du malade. Dans les faits, La victime a subi au centre hospitalier du Havre une première intervention chirurgicale le 6 janvier 1997 à la suite d'un diagnostic d'étranglement dégénératif du canal lombaire, une deuxième intervention le 18 février 1997

⁷⁴⁹ CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-section réunies, 27 juin 1997, *Mme Guyot*, op. cit.

⁷⁵⁰ CE, 14 décembre 1981, *CH de Pontoise / Mlle Marin*, Rec. CE, 1981, Tables, P. 904.

⁷⁵¹ CE, 18 février 1987, *Dame Juyoux*, Rec. CE, 1987, Tables, p. 929.

⁷⁵² CE, 9 mars 1988, *Mme Pecke*, Rec. CE, 1988, p. 110.

⁷⁵³ CE, 5 mars 2008, *CPAM des Côtes d'Armor et CH de Dinan*, n° 287136, Inédit au recueil Lebon.

⁷⁵⁴ CE, 11 mars 1988, *Mme P.*, Rec. CE, 1988, Tables, p. 1007.

⁷⁵⁵ CE, 14 octobre 1988, *Martin*, RDSS, 1989, p. 238.

⁷⁵⁶ CE, 22 novembre 1967, *Ciabrini*, Rec. CE, 1967, p. 439.

⁷⁵⁷ CE, 6 octobre 1976, *CH de Châlons-sur-Marne*, n° 96273, Inédit au recueil Lebon.

⁷⁵⁸ L'oubli d'un champ opératoire dans l'abdomen d'un malade, ayant pénétré par nécrose dans l'estomac : CE, 12 mars 1975, Hospices civils d'Haguenau, Rec. CE, 1975, Tables, p. 1250.

⁷⁵⁹ CE, 21 mai 2008, *M. A. / CH du Havre*, n° 296686, Inédit au recueil Lebon.

pour retirer une compresse qui avait été oubliée le 6 janvier et une troisième intervention le 19 mars 1997 pour traiter une meralgie paresthésique.

La cour administrative d'appel de Douai, par un arrêt en date du 6 décembre 2005, a annulé le jugement du tribunal administratif de Rouen du 23 juin 2004 qui avait condamné le centre hospitalier du Havre à verser des indemnités à M. A. Le Conseil d'État a considéré « *toutefois, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'intervention chirurgicale subie le 18 février 1997 par M. A avait pour seule fin de retirer une compresse qui avait été oubliée lors de l'intervention pratiquée au centre hospitalier du Havre le 6 janvier 1997 ; qu'ainsi, en jugeant que l'oubli de la compresse n'avait causé aucun préjudice à l'intéressé, la cour administrative d'appel a dénaturé les pièces du dossier. [...] Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative et, réglant l'affaire au fond [...]* ». La Haute juridiction administrative a jugé que l'oubli d'une compresse lors de l'intervention du 6 janvier 1997 avait constitué une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier du Havre.

En revanche, même si la jurisprudence a évolué dans un sens favorable aux victimes, toute atteinte accidentelle à l'intégrité physique n'est, en principe, pas fautive, par exemple si le rapport d'expertise démontre que l'intervention touchait une partie extrêmement sensible et difficile du corps, rendant l'accident presque inévitable et imprévisible⁷⁶⁰. Le juge cherche ainsi, dans une certaine mesure et au vu de l'instruction, à reconstituer le déroulement de l'intervention et à repérer si, et à quel moment, un acte évitable et fautif a pu être commis. En matière chirurgicale, toute erreur ou toute maladresse conduisant à un dommage ne révèle pas nécessairement une faute, en particulier lorsque l'intervention porte sur des organes particulièrement sensibles ou délicats, comme des nerfs ou des artères. Il reste que les hypothèses de l'erreur médicale non fautive, erreur de diagnostic mise à part, sont assez rares devant le juge administratif.

En la matière, la jurisprudence judiciaire française est plus ferme. La Cour de cassation a rappelé que toute faute engage la responsabilité du médecin, une maladresse constituant une faute. Ainsi, dès lors que le praticien porte atteinte à un organe ou à un tissu qu'il n'était pas

⁷⁶⁰ CE, 21 mars 1969, *CHR de Montpellier*, Rec. CE, 1969, p. 950 ; CE, 14 décembre 1984, *Mlle Quignon*, Rec. CE, 1984, p. 375.

nécessaire de toucher, il engage sa responsabilité⁷⁶¹. Le juge judiciaire applique ainsi une forme de présomption de faute⁷⁶².

Cependant, le dommage médical peut être subi non seulement au moment de l'acte opératoire mais aussi après celui-ci, soit par des gestes médicaux qui s'enchaînent avec une surveillance médicale insuffisante privant le médecin de mettre fin aux conséquences dommageables⁷⁶³, soit, par une mauvaise surveillance médicale « postopératoire ».

II. Faute médicale postopératoire

Les médecins sont également tenus d'assurer un suivi médical complet des patients et notamment de vérifier les résultats d'une opération chirurgicale ou d'un traitement médical⁷⁶⁴.

D'abord, le juge administratif français a rarement engagé la responsabilité du service public hospitalier suite à une mauvaise surveillance médicale postopératoire. Cependant, on peut observer quelques cas signifiants au deuxième degré de la juridiction administrative française. L'hypothèse est inexistante dans la jurisprudence administrative libanaise.

La cour administrative d'appel de Nantes par un arrêt du 12 mars 1992 a engagé la responsabilité du centre hospitalier régional d'Angers suite à un traitement antibiotique non surveillé⁷⁶⁵. En l'espèce, *Mme Durand* a été hospitalisée au centre hospitalier d'Angers du 5 au 23 mai 1981 pour un syndrome infectieux accompagné de douleurs lombaires. Pour combattre cette infection, un traitement antibiotique lui a été administré pendant la durée de son séjour à l'hôpital et après son retour à son domicile jusqu'au 31 mai 1981. Dès la fin de ce traitement, la patiente a présenté de graves troubles de l'équilibre. L'origine de ces troubles résidait dans les injections de « Gentalline » à haute concentration effectuées entre le 5 et le 31 mai 1981. La cour relève que si ce traitement était justifié par la gravité de l'état infectieux

⁷⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, Bull. 2000, I, n° 153, p. 100 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1997, Bull. 1997, I, n° 6, p. 4.

⁷⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 2008, n° 06-20.568, Non publié au Bulletin.

⁷⁶³ CE, 6 mai 1985, *CHR de Rennes / Époux Sirot*, RDP, 1986, p. 898.

⁷⁶⁴ CE, 27 septembre 1989, *Mme Karl / CPAM de la Marne*, Rec. CE, 1989, p. 176 : « Considérant [...] qu'en s'abstenant de vérifier par des examens appropriés le résultat de l'interruption volontaire de grossesse [...], le médecin [...] a commis une faute lourde [...] » ; CE, 1^{er} mars 1974, *CH d'Avignon*, Rec. CE 1974, p. 162 : un manque de surveillance de l'application d'une chaussure orthopédique est constitutif d'une faute ; comme l'est l'absence de surveillance clinique, biologique et radiologique d'un malade : CE, 8 décembre 1972, *Boisgard*, Rec. CE, 1972, p. 739 ; De même, une autorisation de sortie prématurément accordée engage la responsabilité du service public hospitalier : CE, 8 décembre 1989, *Mme Caro*, Rec. CE, 1989, Tables, p. 911.

⁷⁶⁵ CAA Nantes, 12 mars 1992, *Mme Durand / CHR d'Angers*, n° 90NT00026 et n° 90NT00044, Rec. CE, 1992, Tables, p. 1306.

de *Mme Durand*, les risques de toxicité qu'il présentait et qui augmentent avec la durée de la prescription et l'âge du patient nécessitaient qu'il soit accompagné des examens qui auraient permis de contrôler la réaction de l'organisme à ce médicament. Or, ce type d'examen et notamment l'étude de la concentration sérique de la gentamicine n'avaient été pratiqués ni pendant l'hospitalisation de *Mme Durand* ni après le retour de l'intéressée à son domicile. Ce défaut de contrôle et de surveillance d'un traitement dont les dangers étaient connus a été jugé constitutif, à l'époque, c'est-à-dire avant 1992, d'une faute médicale lourde engageant la responsabilité du centre hospitalier d'Angers.

Dans une autre affaire, la cour administrative d'appel de Paris a engagé la responsabilité du centre hospitalier régional Léon Binet de Provins à cause d'un traitement anticoagulant trop rapidement interrompu⁷⁶⁶. Dans cette affaire, *M. Savouré*, victime d'une entorse grave du genou droit au cours d'un match de football a été hospitalisé le 25 septembre 1990 au centre hospitalier Léon Binet de Provins où a été diagnostiquée une rupture complète du croisé antéro-externe droit nécessitant une réparation par ligamentoplastie pratiquée le 1^{er} octobre 1990 après une arthroscopie de contrôle, le 26 septembre où le patient avait été mis sous anticoagulant. Puis, en raison de l'absence de toute complication, *M. Savouré* a été admis à regagner son domicile dès le 13 octobre 1990, soit 11 jours après l'intervention, avec autorisation de se déplacer à l'aide de cannes anglaises sans appui sur sa jambe droite pendant une période de six semaines et muni d'une simple ordonnance prescrivant d'une part des séances de rééducation fonctionnelle à domicile et, d'autre part la continuation de l'anticoagulant pendant une période de 10 jours, soit jusqu'au 23 octobre 1990. À partir du 9 novembre 1990, *M. Savouré* s'est plaint d'importantes douleurs dorsales accompagnées d'une toux et d'une dyspnée. Une suspicion d'une embolie pulmonaire sera évoquée par un chirurgien consulté qui a estimé nécessaire de faire une angiographie pour en avoir confirmation. Par suite d'un dysfonctionnement, *M. Savouré* a été victime d'un malaise de type vagal (disparition des pouls dextaux et apparition de troubles neurologiques avec paralysie faciale) justifiant le transfert d'urgence du patient vers l'hôpital de la Pitié Salpêtrière le 14 novembre 1990. Bien qu'ayant bénéficié d'une régression complète des troubles neurologiques pour lesquels il avait été admis dans cet hôpital, *M. Savouré* devait y décéder le 19 novembre suivant au cours d'une phlébographie par arrêt cardio-vasculaire irréversible. Faisant référence au rapport d'expertise, la cour a considéré que le décès de *M.*

⁷⁶⁶ CAA Paris, 26 février 1998, *Consorts Savouré / CHR Léon Binet de Provins*, n° 96PA04239 et n° 97PA02207, Inédit au recueil Lebon.

Savouré est uniquement dû à une embolie pulmonaire bilatérale massive et que cette embolie a été rendue possible, dans des proportions considérables, par l'interruption prématurée de l'administration d'anticoagulant alors que le patient n'avait pas recouvré une déambulation totale avec appui.

Plus récemment, la cour administrative d'appel de Versailles a condamné le centre hospitalier de Mantes-la-Jolie à propos d'un médecin anesthésiste qui ne s'est pas livré en salle de réveil aux vérifications cliniques auxquelles il était tenu de procéder⁷⁶⁷. Dans cette affaire, *M. et Mme X.* ont recherché, au nom de leur fils mineur Malcom et en leur nom personnel, la responsabilité du Centre hospitalier de Mantes-la-Jolie du fait des conséquences dommageables de l'intervention chirurgicale pratiquée le 20 mars 2002 sur leur enfant, alors âgé de treize mois. Par la suite, la cour administrative d'appel de Versailles a estimé qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport de l'expert désigné par ordonnance du juge des référés du Tribunal administratif de Versailles du 23 juin 2003, que le jeune Malcom X. a été, au réveil de l'anesthésie générale pratiquée pour l'intervention chirurgicale du 20 mars 2002, victime d'un arrêt cardiaque responsable des séquelles neurologiques majeures et irréversibles dont il est atteint ; qu'il résulte également du rapport de cet expert que *« la dépression respiratoire de l'enfant, à l'origine de l'accident cardiaque, n'a pas été décelée en raison d'un défaut de surveillance du médecin anesthésiste qui ne s'est pas livré en salle de réveil aux vérifications cliniques auxquelles il était tenu de procéder quelles qu'aient été les indications fournies par l'appareil de mesure de la saturation artérielle en oxygène ; que, dans ces conditions, le Centre hospitalier de Mantes-la-Jolie n'est pas fondé à soutenir que la défaillance de cet appareil de santé, à la supposer établie, serait responsable des conséquences dommageables ayant résulté pour l'enfant de l'intervention ; qu'ainsi, le défaut de surveillance du médecin anesthésiste, qui est constitutif d'une faute engageant la responsabilité de l'administration hospitalière, est à l'origine du dommage subi ; que le centre hospitalier de Mantes-la-Jolie n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles l'a condamné à indemniser les consorts X. de l'intégralité des conséquences dommageables résultant de cette faute »*.

Cependant, il arrive que le juge se trouve devant une affaire où le principe général de la responsabilité médicale, « faute médicale professionnelle prouvée non qualifiée », n'est pas

⁷⁶⁷ CAA Versailles, 15 juillet 2009, *M. et Mme X.*, n° 07VE00490, Inédit au recueil Lebon.

efficace pour rendre justice à la victime et réparer les préjudices subis. Par conséquent, le juge administratif français, par son pouvoir prétorien et, postérieurement, le législateur français, ont renforcé les conditions d'engagement de la responsabilité du service public hospitalier dans le cas du diagnostic prénatal. Ce même juge administratif engage la responsabilité du service public hospitalier sans faute dans des cas exceptionnels sous certaines conditions, répondant à des cas dramatique qui touchent la conscience humaine.

Conclusion

Au milieu des évolutions majeures des fondements de la responsabilité médicale administrative, il est légitime que l'observateur s'interroge sur les principes essentiels qui caractérisent la profession médicale. L'obligation de moyens persiste encore malgré la banalisation des conditions d'engagement de la responsabilité hospitalière. L'obligation du médecin ne consiste pas à parvenir à un résultat, la guérison, mais à dispenser des soins consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. Le médecin a encore sa liberté thérapeutique qui reste un de ses privilèges sous condition que le choix thérapeutique soit dans l'intérêt du patient.

Le manquement du médecin à son obligation de moyens suppose la démonstration d'une faute. Cette dernière est soumise à un mécanisme d'appréciation contenant un mélange de critères abstraits et concrets. Le juge administratif, notamment le juge français, par son pouvoir prétorien, joue un rôle majeur en faveur de l'indemnisation de la victime. En France, il a abandonné la condition de la faute lourde pour engager la responsabilité du service public hospitalier. En revanche, l'on constate une absence totale de la part de la juridiction administrative libanaise en la matière malgré le mouvement relativement récent au niveau de la législation concernant les droits des malades et les modifications apportées à la loi de déontologie médicale.

Dans le domaine de la responsabilité médicale en droit administratif, définir la faute lourde n'est pas toujours une mission facile pour le magistrat. Les critères d'appréciation sont variables. Cette appréciation est une source d'inégalité pour les patients victimes d'une faute médicale. Et, c'est là une des raisons qui a amené le juge administratif français à abandonner la condition de la faute médicale lourde pour engager la responsabilité du service public hospitalier.

Il est utile de confirmer que, dans le domaine du service médical, l'abandon de la faute lourde ne signifie pas qu'une faute simple s'est substituée à la faute lourde et que la moindre erreur médicale peut engager la responsabilité hospitalière. Cette banalisation dans

l'engagement de la responsabilité médicale n'a pas accru de manière déraisonnable les hypothèses dans lesquelles la responsabilité des établissements de santé a été retenue. Une telle conséquence reflète l'évolution équilibrée des dispositions juridiques de la responsabilité médicale en droit public.

Cette évolution n'est pas restée au seul niveau jurisprudentiel. Le législateur français, par la loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner, est intervenu en la matière consacrant une continuité évidente pour la faute comme fondement principal de la responsabilité hospitalière. La loi française, en la matière, n'a fait que consolider les évolutions jurisprudentielles administratives. Elle a aussi confirmé la responsabilité médicale sans faute, et même prévu l'indemnisation des préjudices subis sans recourir à la théorie de la responsabilité du service public hospitalier.

En France, pour réparer les dommages médicaux, la faute médicale technique conserve une place centrale, même si elle se trouve, en périphérie, concurrencée par d'autres fondements subsidiaires pouvant également déboucher sur une indemnisation, tels la solidarité nationale. Au Liban, la faute est encore le fondement unique pour engager la responsabilité du service public hospitalier.

Le texte législatif n'a prévu aucune définition pour qualifier les formes diverses de la faute médicale engageant la responsabilité hospitalière. Le législateur n'a ni défini la faute caractérisée pour engager la responsabilité médicale en matière de faute de diagnostic prénatal, ni la faute personnelle de l'agent public hospitalier alors qu'un fil transparent passe entre elles. En conséquence, une mission difficile revient au juge administratif à l'occasion de l'appréciation juridique de la faute commise à travers les exceptions que l'on peut relever.

Chapitre II

Les exceptions au fondement principal

La faute lourde en matière de la responsabilité hospitalière n'a pas totalement disparu. Une faute qualifiée (Section 1), héritage à l'irresponsabilité médicale, est encore demandée dans des cas spécifiques que l'on va aborder dans les lignes suivantes. Par ailleurs la responsabilité hospitalière, même avec la loi du 4 mars 2002⁷⁶⁸, peut être engagée sans aucune faute médicale, sous certaines conditions circonscrites bien que cette loi fasse rupture au niveau de l'aléa thérapeutique (Section2).

Section 1. Faute médicale qualifiée

L'abandon de la faute lourde pour engager la responsabilité hospitalière comme une simplification favorable aux victimes. C'est incontestablement l'apport de l'arrêt *Époux Vergos* et de la loi du 4 mars 2002. La reconnaissance de la faute lourde constitue pour une personne publique une appréciation sévère dont pourrait témoigner, dans un contexte déterminé par le juge et par le législateur, la faute caractérisée (§1). Cette exigence d'un degré de gravité particulière comporte à n'en pas douter, un certain regard à l'égard de la faute commise notamment dans le cas de la faute prénatale. Or, cette faute de service, qualifiée ou non, peut n'être pas toujours source de responsabilité du service public hospitalier. Alors que le praticien hospitalier malgré qu'il commette une faute personnelle, celle-ci peut engager la responsabilité de l'établissement public de santé (§2).

§ 1. Une faute médicale caractérisée

À la fin des années 90, des affaires contentieuses ont posé devant les deux ordres juridictionnels en France la question des conséquences d'un diagnostic prénatal erroné, ayant induit les parents en erreur sur l'état de l'enfant à naître et, ont donné lieu à des réponses différentes, à des polémiques suscitées par la jurisprudence « Perruche » et, enfin, à une intervention du législateur français par la loi du 4 mars 2002.

⁷⁶⁸ Art. L. 1142-1 du CSPF.

Les parents, privés de l'information qu'ils recherchaient et de la possibilité de faire pratiquer, le cas échéant, une interruption volontaire de grossesse, peuvent obtenir, à la fois devant le juge judiciaire et devant le juge administratif, l'indemnisation de leurs préjudices propres résultant de cette faute. En revanche, si le Conseil d'État a jugé que l'enfant, né handicapé, ne pouvait demander réparation du fait de sa naissance avec ce handicap⁷⁶⁹, la Cour de Cassation dans un arrêt d'assemblée plénière a admis cette possibilité⁷⁷⁰ confirmant cette tendance quelques mois plus tard par plusieurs décisions de la même formation⁷⁷¹.

En conséquence, le législateur français, sensible aux critiques juridiques⁷⁷² et éthiques⁷⁷³, est intervenu, sous la pression des médecins échographistes et de certaines associations de parents d'enfants handicapés, pour contrer la jurisprudence de l'arrêt *Perruche* par l'article premier de la loi du 4 mars 2002 codifiée ensuite par la loi du 11 février 2005 à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles qui dispose que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. 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. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est 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 peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale* ».

En la matière, l'apport de la loi est double tant à la fois sur les conditions d'engagement de la responsabilité et sur la nature du préjudice indemnisable par l'établissement fautif que par la solidarité nationale. La loi prévoit, d'une part, pour les parents de l'enfant né handicapé, que la responsabilité du service est engagée et leur préjudice indemnisé, seulement en cas de « faute caractérisée », ce qui revient à rendre l'engagement de la responsabilité plus difficile. D'autre part, dans la détermination du préjudice susceptible de peser sur l'établissement, la loi a par ailleurs écarté les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant de ce

⁷⁶⁹ CE, 14 février 1997, *CHR de Nice / Quarez*, Rec. CE, 1997, p. 44.

⁷⁷⁰ Cass. civ. Plén., 17 novembre 2000, *Époux Perruche*, n° 99-13.701, Bull. n° 9, p. 3.

⁷⁷¹ Cass. civ. Plén. 13 juillet 2001, n° 97-17.359, n° 97-19.282, n° 98-19.190, JCP 2001, éd. G., II, 1061 ; Cass. civ. Plén. 28 novembre 2001, n° 00-11.197, n° 00-14.248, JCP 2002, éd. G., II, 10018.

⁷⁷² Les handicaps non repérés étaient antérieurs et préexistants à la faute constituée par le diagnostic erroné.

⁷⁷³ Une vie, même diminuée, constitue-t-elle un préjudice indemnisable pour l'intéressé ?

handicap, qui relève de la solidarité nationale, par le biais d'un mécanisme de compensation forfaitaire.

Au-delà de la question de la constitutionnalité des dispositions de cet article, en ce qu'elles interdisent à l'enfant handicapé de faire valoir des droits à réparation⁷⁷⁴, l'aspect qui nous intéresse est celui de la condition de la faute « caractérisée » pour engager la responsabilité du service public hospitalier, une condition qui a connu plusieurs applications non « rythmées » (A) qui n'ont pas commencé avec la loi du 4 mars 2002 mais bien avant, dès l'arrêt *Quarez* en 1997. D'où l'intérêt d'une normalisation de la prestation médicale (B) dans l'intérêt de l'équité et de la bonne administration de la notion de la faute caractérisée.

A. Applications de la faute médicale caractérisée

Pour certains, la faute caractérisée est celle qui tient à l'intensité de la faute commise. Elle est si grave qu'elle justifie la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire et s'apprécie d'une façon assez proche de la faute lourde, en prenant compte la nature du service public, ses aléas, ses difficultés ainsi que la nature et l'importance des droits individuels en cause⁷⁷⁵.

Selon ROMIEU, père fondateur de la notion de faute caractérisée, « *toute erreur, toute négligence, toute irrégularité [...] n'entraînera pas nécessairement la responsabilité pécuniaire de la puissance publique* »⁷⁷⁶. Il appartiendra au juge, selon ROMIEU, « *de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité et de tenir compte à cet effet, tout à la fois, de la nature de ce service, des aléas et des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin [...] et de la nature des droits individuels intéressés[...]* »⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Le Conseil constitutionnel français a considéré qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif : Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Viviane L.*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29.

⁷⁷⁵ MAUGÜÉ Christine et THIELLAY Jean-Philippe, *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ, 2010, p.53.

⁷⁷⁶ Conclusions sur CE 10 février 1905, *Tomaso Greco*, D. 1906, 3, P. 81.

⁷⁷⁷ Conclusions sur CE 10 février 1905, *Tomaso Greco*, *Ibidem*.

Le Conseil d'État Français a donné ses premières applications de la notion de faute caractérisée. Il a considéré que l'amniocentèse est incontestablement un examen particulièrement important dans une grossesse qu'elle soit ou non à risques. Elle appelle donc une certaine fiabilité qui ne peut être que gravement compromise si l'établissement de santé ne met pas tout en œuvre pour éviter une erreur aussi simple qu'une interversion de résultats entre deux patientes. Le comportement fautif devient caractérisé lorsqu'il traduit une violation des devoirs les plus élémentaires de tout professionnel de santé. Or, l'une des premières obligations d'un établissement de santé qui procède à des analyses est de s'assurer que les résultats communiqués à une patiente correspondent aux prélèvements qui ont été effectués sur elle.

En effet, le Conseil d'État a considéré dans son arrêt du 19 février 2003⁷⁷⁸ qu' « *il résulte de l'instruction que M. et Mme X, dont le premier enfant né en 1990 était atteint d'amyotrophie spinale infantile et qui avaient déjà eu recours en 1992 à une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique après qu'un diagnostic prénatal eut révélé l'existence d'un risque que l'enfant à naître fût affecté de la même maladie génétique, ont eu en 1997 un second enfant atteint de cette maladie, alors que les analyses de l'amniocentèse pratiquée sur Mme X à sa demande n'avaient mis en évidence chez l'enfant à naître aucun risque d'amyotrophie spinale infantile ; que cette information, délivrée par le centre hospitalier universitaire de Nancy à M. et Mme X s'est révélée erronée du fait d'une inversion des résultats des analyses pratiquées sur deux patientes ; qu'il n'est pas contesté que cette inversion est imputable à l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE PARIS à laquelle les analyses avaient été confiées par le centre hospitalier universitaire de Nancy* ». Il ajoute que de tels faits, constitutifs d'une faute caractérisée ayant privé M. et Mme Maurice de la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, ouvrent droit à réparation.

À l'inverse, le juge administratif a estimé que le défaut d'information relative à la marge d'erreur habituelle dans l'interprétation d'échographies en ce qui concerne l'observation des extrémités des membres du fœtus, ne révélait pas une faute caractérisée dans le diagnostic prénatal⁷⁷⁹. De même, en l'état actuel de la jurisprudence, ne commet pas de faute caractérisée l'hôpital qui s'abstient de réaliser une amniocentèse à visée génétique sur une femme enceinte,

⁷⁷⁸ CE, 19 février 2003, *M. et Mme Maurice / Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, AJDA 2003, p. 854.

⁷⁷⁹ CE, 9 février 2005, *Centre hospitalier Émile-Roux du Puy-en-Velay*, AJDA 2005, p. 743.

hospitalisée en raison du risque d'infection lié à la rupture de la poche des eaux et du risque de naissance prématurée, et pour laquelle les échographies réalisées pendant la grossesse n'avaient révélé aucune anomalie de nature à attirer l'attention dans le domaine génétique et qui n'avait pas fait part à l'équipe médicale de ses préoccupations concernant l'existence d'une maladie génétique, que ne laissaient présager ni son âge, ni ses antécédents familiaux⁷⁸⁰. Cependant une telle absence d'examen prénatal constitue une faute caractérisée dans un cas où la mère, dont l'enfant cadet est né atteint de graves malformations non décelées pendant la grossesse, avait déjà donné naissance à un enfant atteint de la maladie de Krabbe⁷⁸¹.

Plus récemment, le conseil d'État⁷⁸² a confirmé la décision de la cour administrative d'appel de Paris par laquelle celle-ci avait considéré qu' « *en premier lieu, si le docteur Recan, saisi de l'interprétation à donner des résultats de l'examen pratiqué en 1989, indiquait le 28 octobre 1992 à la requérante par la lettre précitée qu'elle n'était pas conductrice du gène responsable de la myopathie de Duchenne, cette opinion s'inscrivait toutefois, ainsi que le révèle les termes même de ce courrier, dans une analyse comportant un double tempérament tiré, d'une part, de ce que ce résultat correspondait aux données de la science médicale en 1992, d'autre part, de ce que l'évolution prévisible desdites données médicales étaient susceptibles de vérifier le raisonnement alors émis ; qu'ainsi pas sa teneur, cet avis émis le 28 octobre 1992 qui prenait en compte l'état des connaissances scientifiques interdisant à cette date l'énoncé de certitudes dans le domaine en cause, ne pouvait être considéré comme donnant des assurances catégoriques à Mme Lazare que ses grossesses futures ne comporteraient pas le risque de transmission de la maladie génétique de Duchenne ; que l'interprétation ainsi donnée par le docteur Recan des résultats de 1989, bien que n'étant pas accompagnée d'une information explicite sur la marge d'erreur habituelle affectant en 1992 la fiabilité de son avis médical, ne saurait constituer une faute qui, par son intensité et son évidence, devrait être regardée comme caractérisée au sens de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles* »⁷⁸³. Avant la loi du 4 mars 2002, le juge

⁷⁸⁰ CAA Paris, 24 janvier 2005, *M. et Mme H.*, AJDA 2005, p. 1691.

⁷⁸¹ CAA Marseille, 6 mai 2004, *Époux P. / CH de Carpentras*, n° 01MA02655, Inédit au recueil Lebon.

⁷⁸² CE, 13 mai 2011, *Mme Lazare*, n° 329290, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr.

⁷⁸³ CAA Paris, 6 octobre 2008, *Mme Lazare*, n° 07PA03630, Inédit au recueil Lebon « *Il résulte de l'instruction que l'enfant né le décembre 1995 n'ayant présenté les premiers signes de la myopathie de Duchenne qu'au cours de l'année 2003, les faits à l'origine du dommage dont se plaignent les Consorts Lazare, bien que remontant à 1992, n'ont donné lieu à une demande d'expertise suivie d'une demande au fond que postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 ; que par suite, le régime juridique applicable à la demande d'indemnisation des consorts Lazare et celui de la faute caractérisée tel que défini par l'article 1^{er} de cette loi codifiée à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles* ».

administratif français avait engagé la responsabilité du service public hospitalier pour une espèce des faits semblable. C'était, par l'arrêt *Quarez* du 14 février 1997⁷⁸⁴, que le Conseil d'État l'avait fait en constatant qu'il résultait de l'instruction que le service de pathologie cellulaire et de génétique du Centre hospitalier régional de Nice s'était borné à annoncer à Mme Quarez que l'examen auquel il avait procédé « n'avait révélé aucune anomalie détectable par les moyens actuels » et que Mme Quarez n'avait pas été informée du fait que les résultats de cet examen, compte tenu des conditions dans lesquelles il avait été conduit, pouvaient être affectés d'une marge d'erreur inhabituelle ; dès lors, M. et Mme Quarez étaient fondés à soutenir que le service spécialisé du centre hospitalier régional de Nice avait commis une faute engageant la responsabilité de l'établissement de santé. En la matière, on constate une mise en œuvre non harmonisée de la faute caractérisée, par la jurisprudence administrative. En l'absence de toute définition éclairante de celle-ci, la mise en place d'une « feuille de route » équilibrée sur laquelle le juge administratif puisse appuyer dans son travail devient une mission impossible.

En effet, par la loi du 4 mars 2002 en France, l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique a introduit une grande variation dans ce domaine. Cet article dispose dans son premier alinéa que « *toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit 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. 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* ». Cette référence aux prestations médicales est nouvelle. Elle ancre la prestation de soins, non plus dans les « données acquises de la science » mais dans les « connaissances médicales avérées ». La simple confrontation des termes laisse percevoir une évolution des exigences. Le mot « donnée » est remplacé par « connaissance », la référence à la « science » se voit remplacée par le terme « médicale » et, enfin, l'« acquis » fait place au caractère « avéré ».

Les exigences posées quant au contenu de l'acte médical tendent à fixer un cadre protecteur pour le patient. Le praticien se voit contraint par des règles tendant à rendre sa prestation scientifiquement éprouvée. Pour autant, les références aux données de la science ou

⁷⁸⁴ CE, 14 février 1997, *CHR de Nice / Quarez*, Rec. CE, 1997, op. cit.

aux connaissances médicales avérées demeurent imprécises et il convient d'en aborder le contenu même.

B. La normalisation de la prestation médicale

L'approche juridique des données acquises de la science, des connaissances médicales avérées, tant dans leur nature que dans leur régime et leur force contraignante est particulièrement ardue. La qualification de données acquises semble conduire à asseoir ces données sur des bases éprouvées et facilement identifiables. L'acquis, en effet, s'oppose à l'inné et induit l'idée que ces données sont bâties sur des soubassements stables, sinon durables. À notre sens, si l'intime conviction est un outil dont le juge se sert à l'occasion, elle ne saurait ici être d'aucun secours. La qualification de « connaissances avérées » ancre le débat dans une approche objective. Le « scientifiquement établi » qui semble exigé nous éloigne, alors, d'une conception de la relation de soins où l'art médical est confié à un artiste n'agissant qu'au gré de son inspiration.

Puisque la prestation attendue du praticien s'inscrit dans les exigences décrites plus avant, il est nécessaire d'offrir au soignant des dispositifs de normalisation des pratiques. Des outils fixant pour un temps les connaissances médicales sont indispensables. Comme le remarquait Monsieur TAPIE « *la médecine clinique est une science qui laisse désormais de moins en moins de place à l'improvisation* »⁷⁸⁵. Mais, la réalité journalière de l'activité médicale conduit à considérer que si certains médecins peuvent avoir la possibilité de « s'instruire » utilement dans de telles publications, nombre de médecins se trouveraient démunis si l'ont exigeait d'eux une attitude prospective, relevant davantage du quotidien du chercheur que de celui du médecin traitant. Cela conduit naturellement à rechercher des mécanismes moins « contraignants » d'accès aux connaissances médicales et autres données de la science. Plutôt que de prôner une hypothétique démarche individualisée et « sur mesure » pour chaque praticien, on élabore du « prêt-à-porter », permettant une large diffusion des connaissances et, donc, un accès facilité aux données. Des outils multiples existent que des références médicales opposables ou des recommandations de bonnes pratiques, etc.

⁷⁸⁵ TAPIE Jean, « *Les recommandations de bonne pratique et les références médicales, des outils à généraliser* », Revue droit social, n° 9, 1997, p. 828, cité par François VIALLA, in *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2009.

Les instances chargées de l'émission de ces « normes » et standards scientifiques sont multiples. Des Agences, des Autorités indépendantes vont se succéder et seront chargées d'émettre le critérium des connaissances médicales du moment. Le juge se pose de multiples questions à proposer des avis, recommandations, et autres références médicales posées. Leur valeur, leur opposabilité et leur intensité sont notamment source de questionnements⁷⁸⁶. Ces interrogations particulières posées quant à l'autorité et l'opposabilité de ces outils, seront abordées différemment par les juristes des différentes spécialités.

En droit administratif, on s'interrogera sur le fait de savoir si la recommandation peut recevoir la qualification de décision faisant grief, susceptible de recours de la part de l'administré auquel on l'oppose. Dans le champ de droit de la sécurité sociale, la question sera traitée sous l'angle du contrôle des praticiens. Confrontées aux rives de la responsabilité médicale, les recommandations seront davantage appréhendées sur le terrain de l'éventuelle qualification comme cause d'exonération.

Dans ce contexte, particulièrement complexe, certaines décisions sont éclairantes. La cour administrative d'appel de Paris rendra une décision particulièrement intéressante le 26 février 1998⁷⁸⁷. Elle affirma que « *de telles conférences [il s'agit des conférences de consensus] sont nécessairement récognitives de données médicales avérées dont l'efficacité a subi l'épreuve du temps* ». La doctrine française demeure partagée sur une telle assertion, on peut, par exemple citer à cette occasion ce que dit M. PENNEAU « *les conférences de consensus ne constituent qu'une opinion parmi d'autres n'ayant aucune autorité propre* »⁷⁸⁸.

D'ailleurs, dans sa décision du 12 janvier 2005, le Conseil d'État français adopte une position particulièrement ferme. Il considère que « *M. Gilbert X. n'avait pas tenu compte pour dispenser ses soins à ses patients des données acquises de la science, telles qu'elles résultent notamment des 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, en s'abstenant de prescrire le dépistage systématique du cancer du col*

⁷⁸⁶ Voir sur ces questions les actes du Colloque de l'association Française de Droit de la Santé, Analyse juridiques des recommandations de bonnes pratiques, Montpellier le 16 octobre 2006, Revue Droit et Santé 2007, n° 15.

⁷⁸⁷ CAA Paris, 26 février 1998, Médecine et Droit, 1999, n° 35, p. 17, note Marie-Laure MOQUET-ANGER, citée par François VIALLA, in *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2009.

⁷⁸⁸ PENNEAU Jean, « Recommandations professionnelles et responsabilité médicale », Médecine et droit, 1998, n° 28, p. 5.

utérin chez ses patientes âgées de 25 à 65 ans et le renouvellement tous les trois ans de cet examen, et qu'il avait ainsi méconnu les dispositions des articles 8 et 32 du code de déontologie »⁷⁸⁹.

La Haute juridiction administrative reproche donc à un praticien de ne pas s'être conformé aux données acquises de la science et ajoute que de telles données découlent directement de recommandations de bonnes pratiques, émises par l'ADEM puis l'ANAES⁷⁹⁰. Le Conseil d'État, s'il ne reconnaît aucune exclusivité à ces autorités pour « dire la science médicale », établit qu'elles peuvent contribuer à l'érection de telles données. L'utilisation de l'adverbe « notamment » permet, en effet, de considérer que les sources des données de la science sont diverses et elles peuvent, donc, provenir de recommandations d'autorités de santé.

Si certains considèrent que les règles de l'art sont invariablement rétives à toute entreprise de normalisation⁷⁹¹, il convient cependant de noter que les magistrats semblent voir, dans les références médicales et autres recommandations, des outils utiles, contribuant à l'objectivation des données de la science. Les recommandations de bonnes pratiques furent précisément élaborées pour permettre aux médecins de mieux saisir les données de la science, dans un environnement toujours plus complexe.

En 2002, le rapport élaboré par Monsieur Bernard Kouchner⁷⁹² définissait les recommandations comme « *des propositions développées méthodiquement pour aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés dans des circonstances cliniques données [...] il s'agit d'aider le médecin à s'y retrouver dans le dédale des informations scientifiques pour lui permettre de soigner de façon efficace qualitativement et économiquement satisfaisante* ».

Ainsi, les « normes » émises sont parfois utilisées par les magistrats pour fixer, sans les figer, les données de la science et conduire à la sanction d'un praticien qui n'aurait pas respecté les directives élaborées. Ce fut le cas dans la décision du Conseil d'État du 12 janvier 2005. Mais, la référence prétorienne aux recommandations de bonnes pratiques n'est

⁷⁸⁹ CE, 12 janvier 2005, *Kerkerian*, Rec. CE, 2005, p. 20 ; AJDA, 2005, n° 18, p. 1008, note J.-P. Markus.

⁷⁹⁰ Aujourd'hui l'HAS, la Haute Autorité de Santé.

⁷⁹¹ PENNEAU Jean, « *Recommandations professionnelles et responsabilité médicale* », op. cit. p. 4.

⁷⁹² KOUCHNER Bernard, « *Les recommandations de bonnes pratiques, un outil de dialogue, de responsabilité et de diffusion de l'information* », 2002, cité par M.-F. CALLU in actes du Colloque de l'association française de droit de la santé, Montpellier le 16 octobre 2006, *Revue droit et santé* 2007, n° 15, p. 30.

cependant pas opérée dans le seul souci de sanctionner un praticien contrevenant. La Haute juridiction judiciaire s'est servie de publications pour écarter la responsabilité d'un praticien.

Dans ce sens, la Cour de Cassation française dans sa décision du 4 janvier 2005 a considéré que *« c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des différents éléments soumis et notamment des publications invoquées par les consorts Y., que la cour d'appel a estimé, en se fondant sur le second rapport d'expertise et après avoir procédé à la recherche prétendument omise, qu'en 1989 la prescription par M. X. de l'anti-inflammatoire Apranax était conforme aux données acquises de la science, qu'il avait été attentif à l'évolution de l'état de son patient et l'avait adressé dès son aggravation à M. Z., qu'il ne pouvait lui être reproché de faute dans le diagnostic d'une infection exceptionnelle, très insidieuse et extrêmement rapide dans son développement et qu'aucun retard dans l'hospitalisation d'Emmanuel Y. et l'intervention nécessitée par son état n'était imputable à M. Z. ; qu'elle a pu en déduire que la responsabilité de ces praticiens n'était pas engagée ; qu'il s'ensuit que les moyens ne peuvent être accueillis »*⁷⁹³. Mais, la question de l'autorité juridique des recommandations n'est cependant pas épuisée, certaines d'entre elles bénéficieront d'une intensité supérieure.

En effet, dans sa décision du 26 septembre 2005⁷⁹⁴, le Conseil d'État est venu préciser que *« si les recommandations de bonnes pratiques ainsi définies, qui visent 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'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la santé, le caractère de décision faisant grief, elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative »*.

Dans ce chaos notionnel, une faute qui a un degré d'une gravité particulière ou d'une gravité inexcusable rarement définie par le législateur se confond bien évidemment avec la notion de faute personnelle, dont la définition la plus célèbre reste celle de LAFERRIÈRE : *« Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur mandataire de l'État*

⁷⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 2005, n° 03-14206, Non publié au Bulletin.

⁷⁹⁴ CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sect. réunies, 26 septembre 2005, *Le Conseil national de l'ordre des médecins*, AJDA 2006, p. 308, note J.-P. Markus ; Rec. CE, 2005, p. 395.

plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux ; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, une imprudence, la faute est imputable au fonctionnaire et non à la fonction, et l'acte perdant son caractère administratif ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire »⁷⁹⁵.

La jurisprudence française a jugé qu'il y avait une faute personnelle engageant la responsabilité personnelle du praticien hospitalier dans des cas où il a considéré qu'il y avait une faute inexcusable⁷⁹⁶ en alternant volontairement cette référence avec celle de faute d'une extrême gravité⁷⁹⁷ ou d'une gravité certaine⁷⁹⁸. Il est donc nécessaire de discuter la notion jurisprudentielle de faute personnelle du praticien hospitalier, très proche de la faute caractérisée. Pourtant la responsabilité de l'établissement public reste susceptible d'être engagée.

§ 2. La faute personnelle de l'agent public hospitalier

L'analyse de la faute personnelle susceptible d'engager la responsabilité de l'agent public hospitalier est une illustration caractéristique du mouvement actuel de « victimisation »⁷⁹⁹ de l'ensemble des contentieux de responsabilité. Il s'agit en effet d'un exemple topique de la volonté de garantir une indemnisation aux victimes de dommage subis à l'occasion de l'accomplissement du service public hospitalier.

Dans ce domaine, la responsabilité hospitalière est ici la mise en œuvre des principes généraux de la responsabilité administrative. L'analyse de la jurisprudence démontre que le juge d'une part reconnaît très peu de cas de fautes personnelles entraînant la responsabilité exclusive de l'agent public hospitalier. D'autre part, les conditions d'ouverture des actions en responsabilité sont orientées en vue de permettre à la victime de se voir indemnisée de manière effective du préjudice qu'elle a subi. La seconde caractéristique qu'il convient d'évoquer en ce qui concerne la faute personnelle détachable du service est qu'elle se trouve au confluent des deux responsabilités civiles et administratives.

⁷⁹⁵ Conclusions sous TC, 5 mai 1877, *Laummonier-Carriol*, Rec. CE, 1877, p. 437.

⁷⁹⁶ CE, 28 décembre 2001, *Dr. Valette*, Rec. CE, 2001, p. 680 ; AJDA 2002, p. 359, concl. Schwartz ; CE, ass. 12 avril 2002, *Papon*, Rec. CE, 2002, p. 139 ; Cass. crim. 14 juin 2005, *Gilles H. et Erick L.*, Bull. crim. 2005, n° 178 ; AJDA 2006, p. 1058, note C. Deffigier.

⁷⁹⁷ CE, 17 décembre 1999, *Michel Moine*, Rec. CE, 1999, p. 425.

⁷⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, Bull. civ. 1993, I, n° 202 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 décembre 1997, *Corrocher*, Bull. civ. 1997, I, n° 290.

⁷⁹⁹ Rapport public du Conseil d'État 1998, *Réflexions sur droit de la santé*, Études et documents, n° 49.

L'étude de la faute personnelle de l'agent public hospitalier permet d'appréhender la reconnaissance de celle-ci par le juge (A) pour ensuite évoquer les conséquences indemnitaires de cette qualification (B).

A. La reconnaissance jurisprudentielle de la faute personnelle détachable du service public hospitalier

La jurisprudence relative aux règles de la responsabilité administrative démontre que le juge s'attache, d'une part à vérifier l'existence d'une faute personnelle détachable du service et, d'autre part, à rechercher si cette faute détachable du service n'est pas dépourvue de tout lien avec le service. De cette manière, le juge permet aux victimes de déterminer la ou les personnes susceptibles d'engager leur responsabilité.

D'abord, le contentieux dans le domaine de la responsabilité du service public hospitalier et ses agents est une illustration de l'évolution de la notion de faute personnelle détachable du service. La définition de LAFERRIÈRE reste approximativement juste, à cette réserve près qu'elle ne recouvre pas la dernière illustration actuelle de la faute personnelle. Pour en apprécier l'existence, le juge s'appuie sur un double critère : le premier celui de gravité de la faute, le caractère inexcusable de celle-ci entraînant la qualification de faute personnelle détachable ; le deuxième, celui de l'intention de l'auteur de l'acte ou de l'objectif poursuivi⁸⁰⁰.

Au vu de ces critères, la doctrine⁸⁰¹ a mis à jour quatre hypothèses dans lesquelles le juge considère qu'un acte peut être qualifié de faute personnelle détachable du service. La première hypothèse est celle des « *actes se détachant matériellement de la fonction* ». Lorsqu'un fonctionnaire commet une faute à l'occasion d'une activité qui lui est strictement personnelle, sa responsabilité propre est engagée. Par activité strictement personnelle, il faut entendre tout agissement qui concerne la vie privée de son auteur et ne se rattache pas au service dont l'agent fait partie⁸⁰².

⁸⁰⁰ CE, 6 janvier 1989, *Sté « Automobiles Citroën » et autres*, Rec. CE, 1989, p. 5 : la qualification de faute personnelle est écartée parce que le juge du fond n'a pas relevé d'intention malveillante.

⁸⁰¹ Jacques MOREAU et Hélène MUSCAT, « *Responsabilité des agents et responsabilité de l'administration* », Juris-Classeur administratif, Fasc. 806, 2008.

⁸⁰² TC, 30 juin 1949, *Lambotin*, Rec. CE, 1949, p. 606 : refus de déférer à une ordonnance d'expulsion prononcée contre un agent public occupe un logement sans droit ni titre ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 décembre 1970, Bull. civ. 1970, II, n° 349 : accident causé par l'évacuation des eaux usées provenant du logement de fonctions

La deuxième hypothèse est celle des « *actes se détachant psychologiquement de la fonction* ». Il s'agit d'actes qui, le plus souvent, ont été commis dans le service, dans l'exécution des missions ou à leur occasion ; mais le juge les considère comme « détachables » et susceptibles de constituer des fautes personnelles en raison des mobiles qui animent l'agent et qui sont incompatible avec l'esprit du service public ⁸⁰³, par exemple l'intention malveillante, la vengeance, les brutalités, les violences⁸⁰⁴, etc.

La troisième hypothèse est celle de « *la recherche d'un intérêt personnel* », alors que les compétences et attributions dont disposent les fonctionnaires leur sont confiées dans l'intérêt général. Ils commettent donc des fautes personnelles dès lors qu'ils utilisent leurs pouvoirs en vue de la satisfaction de leurs intérêts personnels⁸⁰⁵. Le Tribunal de conflits a réaffirmé que « *la faute d'un agent qui n'était animé par aucun intérêt personnel, commise dans l'exercice des fonctions et avec les moyens du service, ne saurait, quelle que soit sa gravité et alors même qu'elle constituerait une faute pénale, être considérée comme une faute personnelle détachable du service* »⁸⁰⁶.

La quatrième hypothèse, et qui nous intéresse le plus, est celle de « *la faute professionnelle caractérisée* ». L'agent public, dans l'accomplissement de sa mission, ne doit pas seulement servir l'intérêt général, il doit aussi accomplir les tâches qui lui sont confiées avec discernement et clairvoyance. Par définition, cette catégorie de faute personnelle est délicate à dissocier de la faute de service. Elle correspond à des agissements d'une gravité telle qu'ils révèlent l'inaptitude de l'agent à exercer correctement sa mission. Dans ce domaine, une

mis à la disposition d'une institutrice ; CE, 20 janvier 1989, *Biales*, Rec. CE, 1989, Tables, p. 920 : accident causé par un agent public agissant dans le cadre d'une mission qui lui a été confiée en tant que personne privée et non en sa qualité de préposé d'un établissement public.

⁸⁰³ CE, 7 juillet 1922, *Le Glohaec*, Rec. CE, 1922, p. 597 : du détournement d'un télégramme par un agent des PTT à la suite d'une collusion avec un tiers ; TC, 14 décembre 1925, *Navarro*, Rec. CE 1925, p. 1007 : de la délivrance par un préfet d'une carte d'invalidité à un administré, alors qu'est prescrite simultanément une surveillance destinée à surprendre ce dernier dès qu'il en fera usage ; TC, 5 juin 1947, *Brun*, Rec. CE 1947, p. 504 : de l'ordre d'exécuter un exercice d'équitation dangereux inspiré par l'animosité personnelle de l'officier à l'égard de l'exécutant.

⁸⁰⁴ TC, 21 décembre 1987, *Kessler / Thezenas*, AJDA 1988, p. 364, obs. Xavier PRÉTOT.

⁸⁰⁵ CE, sect. 12 juin 1953, *Caisse nationale marchés de l'État*, Rec. CE, 1953, p. 282 : délivrance d'attestations de complaisance.

⁸⁰⁶ TC, 19 octobre 1998, *Préfet Tarn / CA Toulouse*, Rec. CE, 1998, Tables, p. 822 : Pour un fonctionnaire de la direction départementale de l'équipement mais à la disposition d'une commune pour participer à l'élaboration d'un plan d'occupation des sols qui a, sur ordre du maire, modifié frauduleusement le plan de zonage.

jurisprudence ancienne admettait l'existence de fautes personnelles dans des cas où le comportement de leurs auteurs était sans excuse⁸⁰⁷.

Aujourd'hui, le développement de la médecine hospitalière rend plus fréquentes de telles qualifications. Toutefois la faute détachable doit correspondre à une violation caractérisée des règles de déontologie ou à une erreur professionnelle grossière⁸⁰⁸. Au regard de la jurisprudence contemporaine, il apparaît que si les fautes inexcusables et d'une extrême gravité reçoivent la qualification de fautes personnelles, une telle qualification paraît aujourd'hui devoir n'être réservée qu'aux fautes les plus inacceptables. Mais ce type de faute traduit avant tout un manquement de l'agent dans ses engagements pris à l'égard du service. Aussi son identification est-elle difficilement distinguable de la responsabilité disciplinaire.

Dans le contentieux de la responsabilité personnelle des agents hospitaliers, l'analyse des décisions démontre que, lorsque le juge admet l'existence d'une faute personnelle détachable du service, il s'agit généralement de la quatrième hypothèse, celle de la faute professionnelle. Sans oublier que le juge, dans son appréciation, s'attache aussi à déterminer si cette faute est ou non dépourvue de tout lien avec le service public hospitalier.

Avec la jurisprudence *Mimeur*⁸⁰⁹, c'est à une extension de la responsabilité des personnes publiques que le juge procède. En effet, si auparavant le dommage devait avoir été accompli « en service » ou « dans l'exercice des fonctions », ce critère n'est plus systématique dans la mesure où l'existence d'un « lien avec le service » suffit. Dès lors que la faute personnelle détachable du service n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, l'agent pourra engager la responsabilité de l'établissement hospitalier. Tel ne sera pas le cas si la faute détachable est dépourvue de tout lien avec le service. L'appréciation de ce critère est donc primordiale et contribue, elle aussi, à faciliter la réparation du préjudice. L'objectif même de ce critère est non pas de permettre de définir la faute personnelle de manière plus exhaustive, mais de conférer une option au patient quant au choix de son action.

⁸⁰⁷ TC, 15 mars 1902, *Mascaras*, Rec. CE, 1902, p. 209 ; Cass. crim., 2 octobre 1958, JCP, éd. G. 1958, II, 10834.

⁸⁰⁸ TC, 27 mai 1980, *Bekkat / Nguyen Vantra et autres*, Rec. CE, 1980, p. 508 ; TC, 15 décembre 1980, *Préfet Haute-Corse*, Rec. CE, 1980, Tables, p. 601 ; CE, 4 juillet 1990, *Sté d'assurances « Le sou médical » / CH général Gap*, Rec. CE, 1990, Tables, p. 984 ; CE, 3 novembre 2003, *Gilbert*, Rec. CE, 2003, Tables, p. 990.

⁸⁰⁹ CE, 19 novembre 1949, *Delle Mimeur*, Rec. CE, 1949, p. 492.

Le juge fait de ce lien une appréciation casuistique, dont nous pouvons dégager deux indices⁸¹⁰. En premier lieu, il semble évident que le lien avec le service existe dès lors que l'acte dommageable a été réalisé pendant l'exercice des fonctions. Ainsi la question du temps pendant lequel a lieu le dommage constitue un premier indice permettant de reconnaître le lien avec le service⁸¹¹. En deuxième lieu, l'utilisation des moyens du service permet de découvrir aussi l'existence du lien avec le service hospitalier. En matière de responsabilité hospitalière ces deux indices sont le plus souvent réunis.

Cette qualification de faute personnelle détachable du service dépourvue ou non de tout lien avec le service a des conséquences importantes sur les actions existantes pour les divers protagonistes le patient, le praticien hospitalier et l'administration hospitalière.

B. Les conséquences indemnitaires de la faute qualifiée personnelle

La qualification de la faute personnelle va avoir comme conséquence directe la détermination de l'ordre de juridiction compétent. Elle permet aussi l'engagement d'actions récursoires entre l'agent et son administration hospitalière et, inversement, entre l'administration hospitalière et son agent.

Par principe, s'agissant de relation entre deux particuliers, les juridictions judiciaires disposent d'une compétence exclusive en ce qui concerne le contentieux des poursuites personnelles. Le juge administratif verra son office limité quant aux conclusions mettant en cause personnellement l'agent. En ce cas, les règles de droit de la responsabilité civile et non celles de la responsabilité administrative s'appliqueront. L'agent public sera alors responsable sur son patrimoine propre.

En revanche, dès lors qu'une faute de service est reconnue, il appartient à la juridiction judiciaire de rejeter le recours au fond. Dans la même logique, si l'agent hospitalier n'a pas commis une faute, il appartient à la juridiction administrative d'élever le conflit pour protéger

⁸¹⁰ À partir de 1949, La jurisprudence Mineur a été appliquée par de très nombreuses décisions. En France, la loi du 31 décembre 1957 a transféré aux tribunaux de l'ordre judiciaire l'ensemble du contentieux des accidents causés par des véhicules administratifs.

⁸¹¹ CE, sect., 1^{er} octobre 1954, Rec. CE, 1954, p. 505, concl. Laurent : En principe, est en lien avec le service tout acte accompli pendant le temps de service. Peu importe que l'acte n'ait aucun rapport avec l'accomplissement normal, même défectueux du service ; il suffit qu'il ait été accompli à un moment où l'agent public était censé consacrer son temps à une mission donnée par l'autorité administrative ou se trouvait sous sa dépendance. Par exemple, l'absence du praticien hospitalier dans l'établissement public de santé ne permet pas de l'exonérer de sa responsabilité dans la mesure où ce dernier était en garde.

son agent. La compétence de la juridiction administrative est, quant à elle, exclusive en ce qui concerne les fautes de service. En effet, s'appliquent ici les règles générales de la responsabilité administrative.

Ces règles d'application stricte n'ont cependant pas empêché le juge de reconnaître aux victimes le choix de leur action. Il en sera ainsi en cas de « cumul de fautes »⁸¹², ou lorsque les mêmes faits emportent une qualification changeable de la faute personnelle à la faute de service quand le comportement de l'agent n'est pas dépourvu de tout lien avec le service. Dans ces situations, le justiciable optera, soit pour une sanction en responsabilité personnelle de l'agent public devant les juridictions judiciaires, soit pour une action en responsabilité de l'administration hospitalière devant les juridictions administratives. La victime aura alors la possibilité de demander réparation de l'intégralité du préjudice à l'un ou à l'autre de ses contradicteurs.

Récemment, la Haute juridiction administrative a en effet rappelé qu'en cas de préjudice imputable à la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, et alors même qu'aucune faute ne pourrait être imputée au service, la victime peut demander à la juridiction administrative la condamnation de l'administration à assurer l'entière réparation⁸¹³. Les juristes considèrent ici que le patient aura un intérêt évident à opter pour la deuxième action, la solvabilité de l'administration lui étant bien plus favorable. Mais c'est la réalité française. Au Liban, cette conséquence peut n'être guère profitable surtout que le système de santé libanais n'oblige pas les établissements publics de santé à contracter une assurance couvrant leurs responsabilités pécuniaires.

Ensuite, si le juge administratif n'a pas à connaître des conclusions mettant en cause personnellement son agent, il s'est tout de même vu attribuer dans son office celui de régler la question de la contribution finale à la dette⁸¹⁴. Comment alors justifier que le juge

⁸¹² CE, 28 juillet 1951, *Laruelle et Delville*, Rec. CE, 1951, p. 464.

⁸¹³ CE, 2 mars 2007, *Banque française commerciale d'Océan indien*, n° 283257, Inédit au recueil Lebon : Maire ayant émis les fausses attestations à l'origine du préjudice subi par la société requérante avec l'autorité et les moyens que lui conféraient ses fonctions. La faute ainsi commise, alors même que sa gravité lui conférerait le caractère d'une faute personnelle détachable du service, n'est, dans ces conditions, pas dépourvue de tout lien avec celui-ci. La victime des conséquences dommageables de cette faute peut dès lors demander au juge administratif de condamner la commune à en assumer l'entière réparation, sans préjudice d'une éventuelle action récursoire de celle-ci à l'encontre de son maire.

⁸¹⁴ Il appartient au juge de déterminer l'existence et la gravité des fautes respectives.

administratif puisse apprécier la faute personnelle de l'agent et sa gravité, dans la mesure où ce contentieux est par principe réservé aux juridictions judiciaires ?

Quant au contenu de la faute personnelle de l'agent hospitalier non dépourvue de tout lien avec le service, il fut l'objet d'opinions doctrinales quelque peu différentes mais qui toutes convergent dans le sens de la sanction d'un manquement aux lois du service. Pour MM. WEIL et KAHN, cette notion aurait une coloration disciplinaire marquée. Pour M. THÉRY, c'est une faute statutaire, la violation par l'agent du statut qui l'unit au service public, et il est logique que ce soit la juridiction administrative. Pour N. QUESTIAUX, la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire est « *une forme moderne de la responsabilité disciplinaire* » qui suppose « *(d') arbitrer l'indemnité de ce type d'affaires compte tenu des besoins du service, (d') en faire une sorte d'amende adaptée à la gravité de la faute, de ses conséquences ou à d'autres considérations telles que la récidive ou les capacités financières de l'agent* »⁸¹⁵.

En réalité, il ne s'agit pas tant de se pencher sur les conclusions mettant en cause personnellement l'agent que d'évaluer le manquement de l'agent à ses obligations de service. Cette faute personnelle est alors totalement intégrée au contentieux administratif à qui il appartient désormais d'apprécier ce qui pourrait être considéré comme une faute statutaire, c'est-à-dire la violation par l'agent de son statut. Cette approche est d'ailleurs conforme à la jurisprudence *Jeannier-Moritz*⁸¹⁶, selon laquelle : « *s'agissant des rapports entre l'État et un de ses agents, le litige qui s'est élevé au sujet de tels rapports ne peut trouver sa solution que dans les principes du droit public et la juridiction administrative a seule qualité pour en connaître* ».

L'office du juge a donc été développé et s'est déplacé de la question de l'imputabilité du fait dommageable à celle de la sanction déguisée des manquements de l'agent aux règles du service. La faute personnelle trouve alors un nouveau rôle dans l'existence d'actions récursoires. Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas d'exiger de l'agent l'indemnité qui aurait été la sienne si la victime avait intenté une action en responsabilité personnelle. La personne publique demande en réalité la réparation du préjudice subi directement du fait qu'elle a été

⁸¹⁵ Conclusions sous CE, 6 mai 1966, *min. Armée / Chedru*, Rec. CE, 1966, p. 310 ; Pour d'autres exemples, TC, 25 mars 1957, *Hospices civils du Puy*, Rec. CE, 1957, p. 817 ; CE, 15 juillet 1964, *Hôpital-hospice Aunay-sur-Odon*, Rec. CE, 1964, p. 410 ; RDP 1964, p. 1010, note M. WALINE.

⁸¹⁶ TC, 26 mai 1954, *Moritz*, Rec. CE, 1954, p. 708 ; CE, sect. 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. CE, 1957, p. 196, concl. KAHN ; CE, sect. 19 juin 1959, *Moritz*, Rec. CE, 1959, p. 377.

tenu d'indemniser la victime. En réalité, le plus souvent, le juge administratif connaît de ce recours lorsque l'agent fait opposition au titre exécutoire émis par une personne publique envers son agent. Il ne s'agit pas d'un recours direct de l'administration contre l'agent.

Cependant, l'assureur de l'hôpital qui a indemnisé les victimes d'une faute personnelle ne peut pas se retourner contre le médecin qui l'a commise, car ce dernier est un « préposé » de l'établissement, au sens du droit des assurances ; il est en effet interdit à l'assureur d'exercer un recours contre le préposé de l'assuré, sauf en cas de malveillance⁸¹⁷. Il s'agit là d'une situation évidemment très favorable au médecin.

Cette évolution au niveau de la faute médicale, notamment en droit public, pour faciliter la réparation des préjudices subis par les malades victimes, ne s'arrête pas à ce stade. Elle va plus loin pour engager la responsabilité du service public hospitalier même sans le fondement du droit commun de la responsabilité hospitalière, la faute médicale. Sous certaines conditions jurisprudentielles, la juridiction administrative française engageait la responsabilité de l'hôpital public dans des cas exceptionnels sur le fondement du risque et ne pas sur le fondement de la faute.

Enfin, il est évident que l'évolution de l'acte médical, en France comme au Liban, impose une évolution autant juridique que jurisprudentielle. Ni le droit libanais ni la jurisprudence libanaise n'ont dit leur mot en la matière. Mais les principes généraux du droit libanais en responsabilité administrative, inspirés de la jurisprudence française, permettraient au juge administratif libanais de prendre des mesures dans ce sens que nous encourageons. Les situations dramatiques dans lesquelles peuvent se trouver les victimes des accidents médicaux auraient un effet dans la conscience du juge qui émettrait des décisions plus équitables.

Section 2. Indemnisation sans faute sur le fondement de la solidarité sociale

Le passage d'une responsabilité pour faute à une responsabilité sans faute n'est pas seulement un progrès « technique » qui verrait une extension progressive du champ de la responsabilité administrative. C'est, d'une certaine manière, une rupture épistémologique. Admettre que, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'administration puisse

⁸¹⁷ CE, 5 février 1975, *Sté hospitalière d'assurances mutuelles / Héritiers Assémat*, Rec. CE, 1975, p. 99, note F. Moderne.

être engagée, c'est opérer une dissociation entre un comportement et un fait que, spontanément, on est tenté d'établir.

Pour beaucoup, notamment au Liban, la responsabilité est intrinsèquement liée à la faute. Elle emporte l'idée de faute. Dès lors s'il n'y a pas faute, il ne peut y avoir responsabilité. Il faut faire un effort particulier pour accepter que la responsabilité puisse être engagée alors que' aucune faute n'a pu être décelée.

À plus forte raison, l'admission d'une responsabilité sans faute par le juge administratif français en matière médicale ne pouvait-elle apparaître que comme le franchissement d'une nouvelle frontière ouvrant sur une terre inconnue. Cependant l'absence de réparation, du fait d'une absence de faute, dans des cas où un écart énorme séparait le préjudice subi du risque encouru finit par ébranler ce que l'on croyait être jusque-là des certitudes en matière de responsabilité médicale.

Or, à notre époque, la réparation ou l'indemnisation d'un préjudice ne résulte pas seulement de la reconnaissance d'une responsabilité. Indépendamment de celle-ci, soit qu'elle n'existe effectivement pas, soit qu'elle ne soit pas prise en considération, une réparation peut être décidée par le législateur. Avant l'intervention en matière médicale, le législateur français avait prévu l'indemnisation des dommages causés par des actes de terrorisme. Dans ce dernier cas, le terrorisme crée des victimes qui, par définition, sont innocentes et ne trouvent pas de responsable à qui demander réparation des dommages qu'elles ont subis, soit parce que les auteurs des attentats sont introuvables, soit parce qu'ils sont insolvables. L'État ne peut être tenu pour responsable de ces attentats. Au fil du temps, la non-réparation de tels dommages est apparue de plus en plus insupportable.

En matière médicale, les victimes se sont trouvées dans un état semblable. Bien évidemment, l'acte médical n'est pas un acte de terrorisme. Mais on est en présence d'une victime, malchanceuse, d'un accident médical qui ne trouve pas de responsable à qui demander réparation des dommages qu'elle a subis.

En France, les accidents médicaux, pris au sens large du terme, ont donné lieu également à des régimes législatifs de réparation qui sont non pas des régimes de responsabilité mais des systèmes fondés sur ce que l'on dénomme « la solidarité nationale ». La législation la plus

remarquable en ce domaine était certainement la législation relative à l'indemnisation des victimes contaminées par le sida lors d'une transfusion sanguine⁸¹⁸. La loi en question a écarté clairement toute faute comme fondement de l'indemnisation qu'elle a décidée. Le régime de réparation n'est pas celui de la responsabilité sans faute. Le fondement de la réparation est la solidarité nationale, et il y a été fait explicitement référence dans les rapports comme dans les débats parlementaires.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé s'inscrit dans la continuité de cette intervention du législateur français pour créer ou améliorer un système de réparation au profit de victimes d'accidents médicaux. Cette loi était attendue, sur certains points, depuis plusieurs années. Une préoccupation s'était fait jour, celle de l'indemnisation de « l'aléa thérapeutique ». Mais la loi institue un double régime, celui de la responsabilité (§1) et celui de l'indemnisation (§2).

§ 1. Une responsabilité sans faute

Le Conseil d'État français s'est toujours refusé à généraliser la responsabilité sans faute du service public hospitalier du fait des dommages subis par les patients⁸¹⁹. Jusqu'à une époque récente, les mécanismes de responsabilité sans faute en matière médicale ne trouvaient pas à s'appliquer, l'explication essentielle étant le refus d'imposer au service public hospitalier une forme d'obligation de résultat peu compatible avec la nature même de la médecine. Cependant, il a mis en œuvre des mécanismes de responsabilité sans faute dans des hypothèses diverses et précisément circonscrites.

En France, la loi du 4 mars 2002 a implicitement mis fin à certaines hypothèses prétoriennes antérieures de responsabilité sans faute des établissements publics de santé, mais elle doit être interprétée comme laissant subsister d'autres régimes (A). Le juge administratif français avait engagé, depuis longtemps, la responsabilité sans faute du service public dans des hypothèses générales susceptibles d'être appliquées au service public hospitalier (B), par exemple, pour les cas de risques encourus par les collaborateurs du service public victimes d'un dommage, ou les risques pour les tiers, etc.

⁸¹⁸ Art. 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, JO du 4 janvier 1992, p. 178.

⁸¹⁹ CE, 18 mai 1938, *Commission administrative des Hospices civils de Marseille*, Rec. CE, 1938, p. 435 ; CE, 30 juillet 1997, *Époux Kress*, Rec. CE, 1997, p. 308.

A. Les hypothèses consacrées par la loi

Le premier alinéa du paragraphe I de l'article 1142-1⁸²⁰ du Code de la santé publique français dispose que « *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* ». Le deuxième alinéa du même paragraphe dispose 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* ». Depuis que la loi du 4 mars 2002 est mise en œuvre, la responsabilité du service public hospitalier sans faute se limite à deux hypothèses, celle des produits et des appareils médicaux défectueux (I), et celle de la responsabilité des établissements de santé des dommages résultant d'infections nosocomiales (II).

I. La responsabilité sans faute à raison des produits et appareils défectueux de santé

Depuis la loi du 19 mai 1998, le producteur d'un produit de santé ou, à défaut, tout autre fournisseur, comme un établissement public de santé, est responsable des défauts de sécurité des produits et appareils de santé pour tous les produits dont la mise en circulation est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi. Dans ce domaine, le législateur français, transposant une directive communautaire du 25 juillet 1985⁸²¹ relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et visant à rapprocher les règles en la matière dans les pays membres, a ainsi élargi la responsabilité que la jurisprudence avait limitée aux produits sanguins⁸²². Ce nouveau champ de responsabilité est d'une importance concrète considérable pour les établissements hospitaliers qui délivrent chaque jour de grandes quantités de produits aux patients.

⁸²⁰ Codification de l'article 98 de la loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁸²¹ Directive n° 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.

⁸²² CE, ass., 25 et 26 mai 1995, *Cts N'Guyen, Jouan et consorts Pavan*, Rec. CE, 1995, p. 221 ; RFDA 1995, p. 748, concl. Daël.

Fournisseurs de produits de santé et en particulier de médicaments⁸²³, mais aussi utilisateurs au profit de leurs patients de matériels et dispositifs médicaux⁸²⁴, leur responsabilité sans faute peut être recherchée à raison de ces utilisations⁸²⁵. Dans cette matière, le droit communautaire dérivé et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁸²⁶ exercent une influence déterminante.

De son côté, le Conseil d'État français, par deux décisions en date du 9 juillet 2003⁸²⁷ à propos d'un respirateur artificiel et du 15 juillet 2004⁸²⁸ à propos d'une prothèse, a anticipé sur l'entrée en vigueur de la loi de 1998 en faisant application du principe qu'elle pose à des faits antérieurs à son entrée en vigueur⁸²⁹. Il a considéré que « *après avoir relevé, par une appréciation souveraine des faits de l'espèce suffisamment motivée, que le décès de M. Marzouk était imputable aux conséquences du fonctionnement défectueux d'un respirateur artificiel ayant entraîné un arrêt cardiaque et une anoxie, la cour a commis une erreur de droit en retenant la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris au motif que la défaillance du matériel utilisé faisait présumer une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier ; que, toutefois, eu égard aux faits relevés par la cour, la défaillance du respirateur artificiel engage, sans préjudice d'un éventuel recours en garantie contre le fabricant de cet appareil, la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, même en l'absence de faute de sa part, à réparer le préjudice qui en résulte ; que ce motif, qui est d'ordre public et ne comporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait autre que celles qu'a relevées la cour, doit être substitué au motif retenu*

⁸²³ Définis à l'article L. 5111-1 du CSPF comme « *toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies* ».

⁸²⁴ Art. 5211-1 du CSPF « *tout instrument, appareil, équipement, matière, produit à l'exception des produits d'origine humaine ou autre article seul ou en association, y compris les accessoires et logiciels intervenant dans son fonctionnement, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales* ».

⁸²⁵ CAA Marseille, 4 novembre 2010, *Mme Josette A. / Centre hospitalier de Pertuis*, n° 10MA01073, Inédit au recueil Lebon : cas concernant le régime de responsabilité sans faute pesant sur l'hôpital à raison de la défaillance d'appareils de santé.

⁸²⁶ La Cour de justice de l'Union européenne succède à la Cour de justice des Communautés européennes avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne au 1^{er} décembre 2009.

⁸²⁷ CE, 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris / Mme Marzouk*, Rec. CE, 2003, p. 338.

⁸²⁸ CE, 15 juillet 2004, *M. André Dumas*, Rec. CE, 2004, Tables, p. 805 ; AJDA 2005, n° 5, p. 274, note V. Donier.

⁸²⁹ La jurisprudence administrative antérieure à l'arrêt *Marzouk* avait appliqué la théorie de la faute présumée à l'égard de la défectuosité des matériaux médicaux. Dans son arrêt, CE, 32 mars 1999, *M. Keller*, Rec. CE, 1999, p. 115, le Conseil d'État a considéré que « *le bilan préopératoire pratiqué à l'hôpital démontre que M. D. n'était pas porteur du virus de l'hépatite B avant l'intervention ; que la contamination par ce virus peut se produire à l'occasion de traitements par injections, lorsque ces injections ne sont pas effectuées à l'aide d'un matériel jetable à usage unique et alors même que le matériel utilisé aurait été préalablement stérilisé ; qu'il n'est pas contesté que les traitements que M.D. a reçus à l'hôpital Sainte-Marguerite n'ont pas été effectués à l'aide de matériel jetable à usage unique ; ... que cette contamination révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier* ».

par l'arrêt attaqué ». Il a ainsi jugé que « *sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est 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 utilise* ».

La pérennité de cette construction jurisprudentielle est toujours mise en cause notamment, par l'interprétation que donne le juge européen de ces règles. Cette jurisprudence soulève deux questions. La première est issue de l'application de la jurisprudence Marzouk sur les organes humains traités comme produits médicaux. La deuxième concerne la responsabilité du fournisseur mise en cause.

D'abord, le Conseil d'État récemment, dans une décision du 27 janvier 2010⁸³⁰, a tranché la première question. C'est en effet la première fois, à notre connaissance, que le juge de cassation administrative se prononce sur le régime de responsabilité applicable à un établissement de santé à raison d'une contamination virale post-transplantationnelle. En l'espèce, une fonctionnaire de l'Education nationale a fait l'objet d'une greffe cardiaque, le 20 octobre 1997, au sein d'un établissement des Hospices civils de Lyon. Elle a été contaminée, à cette occasion, par le virus de l'hépatite C (VHC) dont était porteur le donneur de l'organe transplanté. Par un premier jugement du 28 mai 2003, le Tribunal administratif de Lyon a mis hors de cause l'hôpital lyonnais, mais a retenu, sur le fondement de la faute, la responsabilité du CHU de Besançon au sein duquel l'organe avait été prélevé. Saisie par l'établissement bisontin et la victime, la Cour administrative d'appel de Lyon réforme ces jugements et considère que les Hospices civils de Lyon sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée en tant qu'utilisateurs de l'organe greffé, même en l'absence de faute, rien n'interdisant à la patiente de rechercher directement, sur le fondement de la faute, la responsabilité de l'établissement ayant prélevé, puis fourni, l'organe vicié.

Par ailleurs, la Cour administrative d'appel de Lyon avait considéré que « *sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est 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 utilise ; qu'un organe transplanté doit être regardé comme un produit de santé ; que s'il est infecté antérieurement à la transplantation,*

⁸³⁰ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sect. réunies, 27 janvier 2010, *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon*, Rec. CE, 2010, p. 5.

*une telle défektivité engage, dans les conditions susmentionnées, la responsabilité de l'établissement hospitalier qui l'utilise pour procéder à une greffe, à raison des conséquences directes de la contamination du patient [...] »⁸³¹. Ce faisant, la cour a étendu à la greffe d'organe contaminé l'application du régime de responsabilité sans faute inauguré par la jurisprudence *Marzouk*⁸³² à l'égard de l'utilisation de produits de santé défaillants. Le fait de regarder les organes humains comme des produits de santé appelle une remarque. Dans une affaire analogue, la Cour administrative d'appel de Paris avait adopté une solution totalement différente. Elle avait tempéré le considérant de principe de l'arrêt *Marzouk* en ajoutant que « *cette responsabilité sans faute ne saurait s'étendre aux organes transplantés qui ne constituent pas en tant que tels des produits de santé dont la défaillance pourrait le cas échéant engager la responsabilité de l'hôpital même sans faute* »⁸³³.*

En fait, quel que soit le sens de la solution adoptée par les juges (exonérer ou non l'hôpital transplanteur), le fond du problème ramène toujours à la pertinence de la jurisprudence *Marzouk*. C'est sur ce point que le Conseil d'État vient de se prononcer dans son arrêt du 27 janvier 2010, en écartant l'application d'un régime de responsabilité sans faute à l'activité transplantationnelle d'un hôpital.

Autrement dit, la jurisprudence relative à la défaillance des produits de santé utilisés par les établissements hospitaliers ne saurait s'étendre à la réparation des conséquences dommageables dues à la greffe d'un organe contaminé. Pour le Conseil d'État français, en cas de contamination du bénéficiaire d'une greffe par un agent pathogène dont le donneur était porteur, la responsabilité de l'hôpital qui a procédé à la transplantation n'est susceptible d'être engagée que sur le fondement de la faute.

Contrairement à ce qu'avait retenu la cour administrative de Lyon, le régime de la transplantation est aligné sur celui du prélèvement d'organe. Dans les deux cas, la faute consiste en un manquement aux obligations incombant aux hôpitaux afin d'éviter un tel accident, à savoir principalement le non-respect des règles de sécurité sanitaire applicables en matière de prélèvement, de conservation et d'utilisation des produits du corps humain.

⁸³¹ CAA Lyon, 20 décembre 2007, *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon*, n° 03LY01329, Inédit au recueil Lebon.

⁸³² CE, 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris / Mme Marzouk*, op. cit.

⁸³³ CAA Paris, 18 octobre 2006, *Mme Thomas / AP-HP*, n° 03PA00636, Inédit au recueil Lebon.

Cependant, une autre explication doit, néanmoins, être avancée à ce stade. Car ce n'est pas le moindre intérêt de l'arrêt que de viser expressément la directive 85/374 du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Mais là, le Conseil d'État se garde bien de dévoiler ses motifs. Que la directive soit applicable *ratione temporis* aux faits de l'espèce n'est pas douteux, elle s'applique en effet aux produits mis en circulation à compter du 30 juillet 1988. Que la même directive soit applicable aux organes humains contaminés est déjà moins évident. Le troisième considérant du texte communautaire prévoit, en effet, que le régime de responsabilité sans faute qu'il instaure « *ne saurait s'appliquer qu'aux biens mobiliers faisant l'objet d'une production industrielle* ». Cette exclusion du champ de la directive permettrait d'expliquer que la responsabilité du fait des produits issus du corps humain relève d'un autre régime et d'un autre fondement, comme celui de la faute.

Ensuite, pour la deuxième question, le droit communautaire a instauré un dispositif juridique qui distingue clairement le périmètre des personnes responsables à raison de leur activité. À ce titre, seuls les producteurs sont susceptibles d'être déclarés responsables de plein droit à raison du défaut de sécurité de leur produit⁸³⁴.

En revanche, le fournisseur ou le distributeur n'est pas placé dans les mêmes conditions de responsabilité sans faute que le producteur. Ce n'est que si ce dernier ne peut être identifié que le fournisseur d'un produit défectueux sera regardé comme un producteur, à moins qu'il n'indique à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité du producteur ou celui qui lui a fourni le produit⁸³⁵. Dans ce contexte, il devient possible de préciser le sens et la portée de la jurisprudence *Marzouk*. L'intérêt de cette dernière a été de compléter le régime introduit par la directive du 25 juillet 1985 par un régime spécial de responsabilité sans faute pour les activités impliquant l'utilisation d'un produit de santé par un établissement public de santé. Or, l'idée de soumettre un hôpital à un tel régime de responsabilité à raison de la défaillance des produits de santé qu'il « utilise » suppose de ne pas assimiler utilisation et fourniture. Cette précision exprime davantage qu'une simple nuance.

⁸³⁴ Art. 1^{er} de la directive n° 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.

⁸³⁵ Art. 3 § 3 de la même directive : CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes / République française*, C-52/00 ; CJCE, Grande chambre, 10 janvier 2006, *Skov et Bilka*, C-402/03.

En la matière, le Conseil d'État français n'a pas tranché la question de la compatibilité de la jurisprudence *Marzouk* avec les orientations communautaires. Dans une affaire récente⁸³⁶, il a décidé un sursis à statuer sur un pourvoi jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur deux questions. La première question est celle de savoir si les dispositions de l'article 13 de la directive du 25 juillet 1985 permet 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 ceux-ci, 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. La deuxième question est celle de savoir si la directive limite 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. Cependant, certains juges du fond ont d'ores et déjà écarté la jurisprudence nationale au profit de l'interprétation du juge communautaire ayant en conséquence rejeté comme mal dirigée une action intentée contre un établissement public de santé au motif que les coordonnées du producteur du matériel défectueux avaient été transmises au patient et qu'il incombait dès lors à ce dernier de rechercher la responsabilité de ce seul producteur⁸³⁷.

Dans cette affaire, M. Lacaze, victime d'un accident survenu le 23 mars 2001 ayant entraîné une fracture fermée du tibia et du péroné de la jambe droite, a été opéré le jour même au CH d'Albi en vue de la réduction de ces fractures par enclouage ; il a dû subir une nouvelle intervention le 2 août 2001 en raison de la rupture du clou initialement implanté, ce matériel étant défectueux ; la victime, à qui le CH d'Albi a transmis les coordonnées du producteur du matériel défectueux, recherche toutefois la responsabilité sans faute de l'établissement de soins, en invoquant le régime jurisprudentiel institué par l'arrêt *Marzouk* du Conseil d'Etat du 9 juillet 2003 et selon lequel, « *sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est 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 utilise* » ; le CH d'Albi entend toutefois se prévaloir de l'incompatibilité de ce régime jurisprudentiel avec les objectifs de la directive communautaire du 25 juillet 1985.

⁸³⁶ CE, 4 octobre 2010, *CHU de Besançon*, n° 327449, RGDM, n° 38, mars 2011, p. 479.

⁸³⁷ TA Toulouse, 30 décembre 2008, *Lacaze*, AJDA 2009, p. 721, concl. Jean-Christophe Truilhé.

Cette ambiguïté en la matière a existé jusqu'à la réponse très récente de la Cour de justice de l'Union européenne, en grande chambre. Celle-ci a souligné que dans la mesure où la responsabilité du producteur utilisant des appareils ou des produits défectueux n'entre pas dans le champ d'application de la directive 85/374/CEE, cette dernière ne s'oppose pas à l'institution d'un tel régime de responsabilité, sous réserve que la victime puisse également mettre en jeu, lorsque les conditions en sont remplies, le régime de responsabilité issu de la directive⁸³⁸.

Il convient à cet égard de souligner que la primauté du droit communautaire sur la règle jurisprudentielle du droit interne est parfaitement admise par le juge administratif français. Par un arrêt d'assemblée du 6 février 1998⁸³⁹, le Conseil d'Etat, en vue de concilier l'obligation d'assurer l'effectivité du droit communautaire avec l'absence d'effet direct des directives dans le cas où les règles applicables de droit interne sont purement jurisprudentielles, a accepté de contrôler la compatibilité d'une règle jurisprudentielle de droit interne avec les objectifs d'une directive, ce qui l'a conduit, dans les circonstances de l'espèce, à constater l'incompatibilité avec les objectifs d'une directive communautaire du régime jurisprudentiel de passation des contrats de concession issu de ses arrêts d'assemblée des 14 février 1975 et 16 avril 1986, *Epoux Merlin et Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*.

On peut souligner que la limitation de l'extension du régime de responsabilité sans faute à la sphère hospitalière se situe dans le droit fil des principes posés par la loi du 4 mars 2002. Cette dernière dispose aussi dans son article 98 une autre hypothèse de responsabilité sans faute, celle des dommages résultant d'infections nosocomiales.

II. La responsabilité sans faute des dommages résultant d'infections nosocomiales

Présenter, en quelques pages, près de vingt années de jurisprudence intéressant le « phénomène nosocomial » est une entreprise délicate, tant il y aurait à écrire sur la complexité du régime de responsabilité applicable. Une telle analyse ne pourrait d'ailleurs se contenter d'étudier les décisions d'un seul ordre de juridictions, puisque, il y a peu, les positions du juge administratif et du juge judiciaire divergeaient encore sensiblement sur la question. Nous nous sommes donc efforcés de choisir et de commenter plusieurs décisions

⁸³⁸ CJUE, 21 décembre 2011, *CHU de Besançon / Dutreux*, aff. C-495/10 : réponse de la CJUE sur un renvoi préjudiciel par le C4, 4 octobre 2010, *CHU de Besançon*, précité.

⁸³⁹ CE, ass., 6 février 1998, *M. Etienne Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, Rec. CE, 1998, p. 30.

que nous considérons incontournables en ce qu'elles reflètent de l'évolution globale du régime de responsabilité des professionnels et des établissements de santé en la matière.

L'absence de définition de la notion nosocomiale posait problème pour les juristes. Elle revêt une acuité encore plus importante avec la détermination d'une d'indemnité, en particulier lorsque les infections nosocomiales ont entraîné un grand dommage comme une incapacité permanente partielle. Donner une définition précise et opérationnelle des infections nosocomiales est relativement difficile. Le législateur français lui-même lors des débats préalables à l'adoption de la loi du 4 mars 2002, n'a pas réussi à arrêter de définition, tandis que le législateur libanais n'a pas eu l'occasion de traiter ce sujet ni dans la loi de déontologie médicale du 22 février 1994 ni dans la loi sur les droits des patients et le consentement éclairé du 11 février 2004. Néanmoins, il est possible de rappeler quelques tentatives de définitions.

Tout d'abord, l'infection est la conséquence de l'entrée dans le corps de micro-organismes⁸⁴⁰ capables de s'y multiplier. Le terme nosocomial vient du latin *nosocomium* qui désignait les établissements réservés au traitement des malades de l'Antiquité au Moyen Âge. L'infection nosocomiale se distingue de l'infection iatrogène⁸⁴¹, cette dernière étant causée par les traitements médicaux ou les médicaments.

Une recommandation du Conseil de l'Europe définit les infections nosocomiales comme « *toute maladie contractée à l'hôpital, due à des micro-organismes, cliniquement et/ou biologiquement reconnaissables, qui affecte soit le malade du fait de son admission à l'hôpital ou des soins qu'il y a reçus, en tant que patient hospitalisé ou en traitement ambulatoire, soit le personnel hospitalier, du fait de son activité, que les symptômes apparaissent ou non pendant que l'intéressé se trouve à l'hôpital* »⁸⁴².

En la matière, il convient de distinguer deux types de transmission, les infections nosocomiales d'origine endogène, lorsque le malade s'infecte avec ses propres germes à la faveur d'un acte invasif et les infections dues à une fragilité particulière, de celles d'origine exogène dues à des germes apportés par l'environnement hospitalier, le personnel ou les

⁸⁴⁰ Bactérie, virus, champignon ou parasite.

⁸⁴¹ Le Haut comité de la santé publique français a considéré comme iatrogène « *les conséquences indésirables ou négatives sur l'état de santé individuel ou collectif de tout acte ou mesure pratiqués ou prescrits par un professionnel habilité et qui vise à préserver, améliorer ou rétablir la santé* ».

⁸⁴² Recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, R. 84-2 du 25 octobre 1984 relative à la prévention des infections hospitalières.

autres patients. Si l'on exclut les germes dont le patient est porteur, dans 90% des cas la transmission des germes d'un malade à un autre s'effectue par trois vecteurs : les mains du personnel, l'entourage du patient ou les instruments et les dispositifs médicaux. La transmission des infections nosocomiales renvoie à l'idée de chaîne. Il suffit d'un ou plusieurs défauts d'asepsie pour que le patient, par définition plus fragile, soit contaminé. La plupart des infections nosocomiales trouvent leur source soit dans le non-respect des règles d'hygiène par le personnel, soit dans une mauvaise organisation du service.

À cet effet, il nous a semblé opportun d'étudier, dans un premier temps, l'évolution du régime jurisprudentiel de responsabilité des dommages d'infections nosocomiales antérieur à la loi du 4 mars 2002, assis pendant de nombreuses années sur une obligation de moyens renforcés mise à la charge des établissements publics de santé et sur une obligation de sécurité de résultat mise à la charge des praticiens libéraux et des établissements de santé privés. Et, dans un second temps, le régime de responsabilité des acteurs de santé en matière d'infection nosocomiale qui a fait l'objet d'une harmonisation par l'adoption de la loi du 4 mars 2002 et dont la mise en œuvre a donné lieu à des interprétations divergentes entre le juge administratif et le juge judiciaire.

a. Le régime jurisprudentiel de responsabilité des dommages d'infections nosocomiales

Consacré à de nombreuses reprises⁸⁴³, pour finalement constituer l'essence du régime de responsabilité applicable aux établissements public de santé en matière d'infection nosocomiale, l'arrêt *Cohen* du 9 décembre 1988⁸⁴⁴ représente un régime de faveur pour le patient dès lors qu'apparaît dans l'exécution du service public hospitalier une situation à caractère anormal s'étant traduite par un dommage physique sérieux subi par un malade, alors que la preuve de la faute est impossible à établir⁸⁴⁵.

En effet, tout en faisant de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier une condition de la mise en œuvre de la responsabilité d'un établissement public de santé en matière d'infection nosocomiale, le Conseil d'État a, en l'espèce, eu

⁸⁴³ CE, 31 octobre 1990, *Époux Pelletier et Service central des mutuelles G.I.E.*, Rec. CE, 1990, Tables, p. 975 ; CE, 14 juin 1991, *Maalem*, Rec. CE, 1991, p. 1185 ; CE, 16 avril 2008, *Assistance Publique-Hôpitaux de Marseille*, n° 298639, Inédit au recueil Lebon ; CE, 29 juin 2009, *Mme Brigitte A. / Centre hospitalier René Dubos de Pontoise*, n° 303556, Inédit au recueil Lebon ; CE, 28 juillet 2011, *Centre hospitalier de Saint-Gaudens*, Rec. CE, 2011, à mentionner dans les tables du recueil Lebon.

⁸⁴⁴ CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, Rec. CE, 1988, p. 431.

⁸⁴⁵ CE, 1^{er} mars 1989, *Bailly / CH du Blanc*, Rec. CE, 1989, Tables, p. 908.

recours aux mécanismes de la présomption, dispensant donc le patient d'établir la preuve de la commission d'une faute. Après avoir apprécié le caractère nosocomial de l'infection, le juge administratif a déduit du déroulement des faits d'espèce des conséquences probables, devenues certaines, quant au comportement fautif de l'établissement public de santé⁸⁴⁶.

Moins sévère qu'un régime de responsabilité de plein droit, en ce qu'il confère aux établissements publics de santé la possibilité de voir leur responsabilité écartée par la preuve d'une absence de faute, la nature juridique de la présomption fautive a néanmoins été sujette à débat. En effet, la conception de la faute, et plus spécifiquement de la faute médicale, est différente en droit public de celle de droit privé. La jurisprudence *Cohen* a parfois été présentée comme la consécration d'une certaine forme de présomption de responsabilité⁸⁴⁷, « une illustration particulièrement remarquable d'une responsabilité quasi-légale »⁸⁴⁸, ou encore une « présomption quasi-légale »⁸⁴⁹ voire « irréfragable »⁸⁵⁰ de la faute, se rapprochant dès lors de la position dégagée par le juge judiciaire plus de dix ans plus tard à l'occasion des célèbres trois arrêts *Staphylocoques dorés*⁸⁵¹.

Plus récemment, s'agissant de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, la Cour d'appel de Rennes⁸⁵² a engagé la responsabilité d'une clinique, qui appelle le médecin en garantie, pour un patient contractant une spondylodiscite suite à une injection du produit par le radiologue pour subir un examen radiologique appelé discographie en vue de déterminer un traitement pour soigner des lombalgies. Dans cette affaire, les juges rappellent que le médecin et l'établissement de santé sont tenus d'une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale, dont ils ne peuvent se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. Or, cette dernière, n'était pas traduite de la même manière par les deux

⁸⁴⁶ CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, op. cit. : « [...] alors qu'il résulte des constatations des experts qu'aucune faute lourde médicale, notamment en matière d'asepsie, ne peut être reprochée aux praticiens qui ont exécuté cet examen et cette intervention ; que le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire, révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service public hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles ».

⁸⁴⁷ Voir en ce sens, François CHABAS, « Les infections nosocomiales, responsabilité liée en droit privé et en droit public », *Gaz. Pal.* 23 avril 2002, n° 113, p. 2 : « D'une manière plus générale, il est considéré que la présomption de faute en droit administratif repose sur une faute virtuelle dont la présomption est bien difficile à renverser ».

⁸⁴⁸ LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Coll. Précis, 1996, n° 596, p. 675.

⁸⁴⁹ Selon l'expression de pierre MIMIN, « les présomptions quasi-légales », *JCP* 1946, éd. G., I, 578.

⁸⁵⁰ GROSIEUX Patrick, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, PUM, 2003, p. 140.

⁸⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1999, *Staphylocoques dorés*, 3 arrêts, *JCP* 1999, éd. G., II, 10138.

⁸⁵² CA Rennes, 4 février 2009, *Clinique Sainte Thérèse*, *Juris-Data* n° 2009-375814.

ordres juridictionnels. Une réalité jurisprudentielle forte normale résulte de la divergence jurisprudentielle en matière de la responsabilité d'infection nosocomiale.

Dans un arrêt du 27 septembre 2002, le Conseil d'État français a considéré qu' « *il résulte de l'instruction que les germes qui sont à l'origine de l'infection qui s'est déclarée à la suite de la stérilisation tubaire subie par Mme Neveu et a nécessité une ablation de sa trompe droite et de son ovaire droit étaient déjà présents dans l'organisme de la patiente avant la première intervention ; que dans ces conditions, l'intéressée n'est pas fondée à soutenir que l'infection dont elle a souffert révélerait, par elle-même, une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service* »⁸⁵³. M. OLSON, le commissaire du gouvernement, conclut que « [...] *la présomption de faute pour affection nosocomiale doit jouer seulement dans les cas des affections à caractère exogènes c'est-à-dire liées à des germes extérieurs au patient dont on peut y rattacher les affections liées à des germes superficiels présents sur l'épiderme du malade. Ce sont ces types de germes qui peuvent être éliminés par des précautions d'hygiène et d'asepsie [...] Etendre ce régime aux infections à cause endogène irait beaucoup plus loin [...]* ». Selon M. OLSON, Cela reviendrait à rendre le service hospitalier responsable des conséquences d'un fait qui ne lui est pas imputable et sur lequel il n'a, a priori, que peu ou pas du tout de prise, parce que les précautions d'hygiène ou d'asepsie sont largement inopérantes dans le cas des infections endogènes.

La Cour de Cassation française dans sa décision du 4 avril 2006 prend une position totalement différente. Elle a considéré que « *la responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale n'est pas limitée aux infections d'origine exogène ; qu'ensuite, seule la cause étrangère est exonératoire de leur responsabilité ; que la cour d'appel ayant constaté que c'était l'intervention chirurgicale qui avait rendu possible la migration du germe saprophyte dans le site opératoire et que la présence de ce germe sur la patiente elle-même constituait une complication connue et prévisible nécessitant, pour y remédier, une exploration de la sphère oto-rhino-laryngologique, a pu en déduire que l'infection survenue ne présentait pas les caractères d'une cause étrangère* »⁸⁵⁴. Dans ce contexte, est-ce que la mise en vigueur du régime de

⁸⁵³ CE, 27 septembre 2002, *Mme Neveu / Centre hospitalier intercommunal de Créteil*, Rec. CE, 2002, p. 315 ; voir aussi dans ce sens, CE, 2 février 2011, *M. Arnaud A. / CHR d'Orléans*, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr ; CE, 10 avril 2009, *Hospices civils de Lyon / Mlle Marie-Laure A.*, Rec. CE, 2009, Tables, p. 941.

⁸⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, Bull. 2006, I, n° 191, p. 167.

responsabilité en matière d'infection nosocomiale par l'article 98 de la loi du 4 mars 2002 va apporter un remède efficace aux divergences de deux ordres juridictionnels en la matière ?

b. Le régime légal de responsabilité des dommages d'infections nosocomiales

Même l'application la plus récente de ce régime légal en matière d'infection nosocomiale vient de donner lieu à d'importantes décisions en précisant son champ d'application. Ceci étant, les dernières évolutions jurisprudentielles conduisent à s'interroger sur le fait de savoir si cette harmonisation de principe, qui ne concerne finalement que la nature du régime applicable, ne laisserait pas une certaine marge de manœuvre aux magistrats de chaque ordre de juridictions pour développer des positions divergentes.

L'article L. 1142-1 du CSPF, issu de l'article 98 de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, a posé les fondations d'un régime légal de responsabilité harmonisé en matière d'infections nosocomiales en disposant que « *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. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère [...]* »⁸⁵⁵.

Soulignons, en la matière, que l'application *ratione temporis* de l'article 1142-1 du CSPF a suscité un débat animé en raison des dispositions de l'article 101 de la loi du 4 mars 2002 qui a donné lieu à des interprétations divergentes. La reconnaissance du caractère interprétatif de l'article 3 de la loi du 30 décembre 2002⁸⁵⁶ a néanmoins conduit à s'interroger sur l'application dans le temps des autres dispositions de ce texte, et notamment celles relatives à

⁸⁵⁵ On s'aperçoit à cette occasion que les médecins libéraux sont exclus de ce régime de responsabilité et ils sont soumis en la matière au régime de la faute.

⁸⁵⁶ Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale modifiant la loi du 4 mars 2002, JO du 31 décembre 2002, p. 22100, créant l'article L. 1142-1-1 du CSPF qui dispose dans son premier alinéa que « *les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25 % déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales...* ».

l'intervention de la solidarité nationale dans l'indemnisation des préjudices consécutifs à des infections nosocomiales.

Suite à ce raisonnement, si seul l'article 3 de la loi était interprétatif, et donc rétroactif, trois régimes d'indemnisation devraient être distingués : celui applicable aux actes de soins pratiqués avant le 5 mars 2002⁸⁵⁷, celui applicable aux actes postérieurs au 5 mars 2002 mais antérieurs au 1^{er} janvier 2003 (faisant intervenir l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux lorsque les conditions posées par l'article L. 1141-1 §II du Code de la santé publique sont réunies [aléa nosocomial]), et, enfin, celui relatif aux actes de soins réalisés après le 1^{er} janvier 2003 qui, en sus de l'aléa nosocomial, prévoit une indemnisation systématique par la solidarité nationale lorsque l'infection a entraîné une IPP supérieure ou égale à 25 % ou le décès du patient. Les magistrats se sont ralliés à cette interprétation, en considérant que l'article 3 de la loi du 30 décembre 2002 était inscrit au sein d'un dispositif normatif de nature différente et que seule cette disposition était interprétative et pouvait donc connaître une application rétroactive⁸⁵⁸.

D'ailleurs, face à la difficulté de prouver l'existence d'une faute dans le domaine des infections nosocomiales, le juge judiciaire libanais⁸⁵⁹ a dû s'écarter du régime classique de la responsabilité médicale en reconnaissant une présomption de faute irréfragable en matière d'infections nosocomiales s'agissant des dommages d'une extrême gravité et en posant des conditions très précises⁸⁶⁰. Le juge judiciaire libanais a dû se fonder en matière d'infection nosocomiale sur l'article 131 du Code des obligations et des contrats⁸⁶¹, ce qui signifie une responsabilité objective du fait des choses.

⁸⁵⁷ CC, décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Viviane L., statuant sur le non constitutionnalité de la rétroactivité de la loi 4 mars 2002 qui dispose que celle-ci s'applique sur les cas dont les faits se trouvent après le 5 septembre 2001.

⁸⁵⁸ CE, 13 juillet 2007, *ONIAM / MM. Alexandre et Arnaud A. et CHU de Nice*, Rec. CE, 2007, p. 347 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2008, Bull. 2008, I, n° 231.

⁸⁵⁹ Le juge administratif libanais ne s'est pas prononcé en la matière.

⁸⁶⁰ Cour de Cassation libanaise, n° 342/ 2001, 9 juin 2001, El-Mostashar.

⁸⁶¹ Article 131 du COC « *Le gardien d'une chose inanimée, mobilière ou immobilière, est responsable des dommages qu'elle occasionne, même pendant le temps où elle se trouverait pas effectivement sous sa conduite, son contrôle ou sa direction, comme l'est une automobile en marche, un avion pendant son vol ou un ascenseur durant son fonctionnement. Cette responsabilité objective ne disparaît que si le gardien fait la preuve d'un cas de force majeure ou de la faute de la victime ; il ne lui suffirait pas d'établir qu'il n'a point commis de faute. Le préexistence d'un rapport contractuel entre le gardien et la victime ne fait pas obstacle au fonctionnement de la responsabilité du fait des choses sauf disposition contraire dans la loi* ».

Pour la France, une fois tranchée la question de l'application dans le temps du régime légal en matière d'infections nosocomiales, il nous semble que cette harmonisation n'est pas complète. Cela se vérifie avec l'interprétation et l'application de la condition de la cause étrangère exonérant l'établissement public de santé de sa responsabilité objective en matière de dommages résultant d'infections nosocomiales.

En effet, seule la preuve d'une cause étrangère est admise au titre des causes exonératoires. Or, en raison de la difficulté d'établir le caractère irrésistible, imprévisible et extérieur de la cause étrangère, la jurisprudence faisait preuve d'une certaine hostilité dans la reconnaissance d'un cas de cause étrangère, puis elle est passée par une phase de doute. Après que la cour d'appel de Toulouse ait refusé d'assimiler la cause étrangère à l'état de santé du patient⁸⁶², la cour d'appel de Paris retiendra la nécrose comme une « potentielle cause étrangère »⁸⁶³.

En matière administrative, en 2006, la cour administrative d'appel de Marseille⁸⁶⁴ avait refusé d'assimiler la cause étrangère à l'état de santé du patient. La cour administrative d'appel de Bordeaux l'a ensuite accepté dans sa décision du 11 mars 2008⁸⁶⁵ « *en admettant même que Mlle Estelle Bougue ait été victime le 8 août 2002 d'une infection nosocomiale, la septicémie à staphylocoque doré, survenue immédiatement après les lourdes opérations pratiquées n'était pas sans rapport avec son état initial fortement dégradé ou l'évolution prévisible de cet état et ne peut être imputée qu'à sa seule déficience immunitaire sans que puissent être mise en cause les mesures prises par le centre hospitalier universitaire ; que, par suite, le décès de Mlle Estelle Bougue doit être regardé comme résultant d'une cause étrangère au sens des dispositions [...]* ». Ainsi, la cour administrative d'appel de Nancy faisant de l'état du surplus au délai écoulé entre l'hospitalisation du mois de janvier 2002 et la découverte de l'infection le 30 octobre 2002 ainsi qu'au caractère non spécifiquement hospitalier de la bactérie identifiée une cause exonérant le CHU de Reims de sa responsabilité⁸⁶⁶.

⁸⁶² CA Toulouse, 26 juin 2000, *Polyclinique du Parc*, RDSS, 2001, n° 37, p. 88, note Memeteau.

⁸⁶³ CA Paris, 16 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-351815.

⁸⁶⁴ CAA Marseille, 13 avril 2006, *CHU de Nîmes*, n° 04MA01092, Inédit au recueil Lebon.

⁸⁶⁵ CAA Bordeaux, 11 mars 2008, *CHU de Bordeaux*, n° 06BX00144, Inédit au recueil Lebon ; voir aussi dans le même sens, CAA Lyon, 29 juin 2010, *CHU de Saint-Etienne*, n° 08LY00653, Inédit au recueil Lebon : en faisant de « l'état immunodéprimé de la victime » comme cause étrangère exonératoire.

⁸⁶⁶ CAA Nancy, 9 avril 2009, *Mme Danièle X. / CHU de Reims*, n° 07NC01678, Inédit au recueil Lebon.

Le Conseil d'État français, à notre connaissance, est resté discret en la matière, contrairement à sa position sur l'infection nosocomiale à l'origine endogène. Un revirement implicite sur cette question est très probable, au regard de son arrêt du 10 avril 2009⁸⁶⁷ dans lequel il estime qu' « *il ressort cependant du rapport d'expertise figurant au dossier soumis aux juges du fond que si l'infection à l'origine du dommage est souvent endogène, le germe peut également être acquis à partir de l'environnement hospitalier et qu'aucun élément ne permet d'exclure que tel ait été le cas en l'espèce* ». Cet arrêt a été rendu avant que le Conseil d'État français vienne affirmer dans son arrêt du 10 octobre 2011 que la présomption de responsabilité des établissements de santé en cas d'infection nosocomiale posée par le I de l'article L. 1142 du Code de la santé publique vaut y compris en cas d'infection due à un germe présent dans l'organisme du patient avant l'intervention (infection nosocomiale endogène), sauf à ce que soit rapportée la preuve d'une cause étrangère à cette infection⁸⁶⁸.

Enfin, la responsabilité sans faute du service public hospitalier peut également être engagée hors les deux cas précis dans la loi française. Ces hypothèses générales sont d'origine jurisprudentielle. Pour cette raison, le juge administratif libanais pourrait être conduit à suivre cette jurisprudence française compte tenu de l'influence qu'elle peut exercer au Liban.

B. Les hypothèses générales de responsabilité sans faute applicables au service public hospitalier

Le service public hospitalier est un service public administratif, il a été créé pour satisfaire des besoins sanitaires en exécutant un intérêt général sanitaire⁸⁶⁹. Par conséquent, son fonctionnement est soumis aux dispositions et principes généraux du droit administratif. Dans ce contexte, la responsabilité sans faute du service public hospitalier peut être engagée dans différentes hypothèses : parmi elles, la collaboration occasionnelle au service hospitalier, les risques pour les tiers et la responsabilité du service à l'égard de son personnel.

⁸⁶⁷ CE, 10 avril 2009, *Hospices civils de Lyon*, op. cit.

⁸⁶⁸ CE, 10 octobre 2011, *CHU d'Angers*, n° 328500, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.fr

⁸⁶⁹ À cette occasion, nous avons estimé utile de mentionner l'article L. 1113-1 du CSPF qui prévoit que « *Les établissements de santé, ainsi que les établissements sociaux ou médico-sociaux hébergeant des personnes âgées ou des adultes handicapés, sont, qu'ils soient publics ou privés, responsables de plein droit du vol, de la perte ou de la détérioration des objets déposés entre les mains des préposés commis à cet effet ou d'un comptable public, par les personnes qui y sont admises ou hébergées. L'Etat est responsable dans les mêmes conditions du vol, de la perte ou de la détérioration des objets déposés par les personnes admises ou hébergées dans les hôpitaux des armées...* ». Un tel article est ajouté par la loi n° 92-614 du 6 juillet 1992, JO du 7 juillet 1992, n° 156, p. 9025.

Concernant la première hypothèse, le juge administratif connaissait depuis longtemps la théorie du collaborateur du service public permettant, même en l'absence de toute faute de l'administration, de réparer les préjudices subis dans le cadre de cette collaboration⁸⁷⁰. Il en va ainsi pour la personne qui subit un dommage en prêtant son concours au fonctionnement du service public, par exemple en essayant de lutter contre un incendie ou en essayant d'appréhender l'auteur d'un crime, a droit à réparation.

La théorie du risque jouera cependant plus facilement, ce qui est logique, lorsque le collaborateur aura été requis par l'administration que lorsqu'il viendra spontanément au secours du service. Appliquée en matière de sécurité publique pour indemniser les victimes ou leurs ayants droit à l'occasion de secours bénévoles au profit de personnes en danger, cette théorie se rencontre également en matière hospitalière. Il en a été ainsi, par exemple, du dommage subi par un visiteur à la suite de l'aide qu'il avait accordée bénévolement, à la demande d'une infirmière et avec l'accord du chirurgien qui devait opérer d'urgence un blessé malgré l'insuffisance du personnel présent⁸⁷¹.

De même, un ambulancier stagiaire, non rémunéré, blessé alors qu'il aidait le personnel trop peu nombreux d'un groupe mobile d'urgence, a pu également être indemnisé sur le fondement de cette collaboration occasionnelle au service public⁸⁷².

Cependant, un visiteur a pu de la même façon, après n'avoir pu bénéficier de la théorie de la présomption de faute résultant du défaut d'entretien de l'ouvrage public suite à sa chute sur le carrelage mouillé du couloir d'un centre de gériatrie, obtenir indemnisation en sa qualité de collaborateur du service public hospitalier dans les circonstances particulières suivantes. Dans cette affaire, déjà examinée sous l'angle du défaut présumé d'entretien de l'ouvrage public, Mme Rey avait été victime de sa chute en allant chercher un plateau repas destiné à une pensionnaire du centre de gériatrie. Or, l'intéressée était membre d'une association venant en aide bénévolement aux personnes handicapées, n'avait aucun lien de parenté avec la pensionnaire et venait chaque semaine le même jour pour lui faire prendre ses repas, d'autres bénévoles assurant la même aide les autres jours de la semaine.

⁸⁷⁰ CE, ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plainte*, Rec. CE, 1946, p. 279 ; GAJA n° 58.

⁸⁷¹ CE, 13 décembre 1957, *Hôpital Hospice de Vernon*, Rec. CE, 1957, p. 680.

⁸⁷² CE, 18 janvier 1984, *CHR de Grenoble*, RDSS, 1984, p. 374, obs. J.M. de Forges.

En déchargeant le personnel du centre de cette tâche, l'intéressée a été considérée par le juge comme ayant participé au service public assuré par les Hospices civils de Lyon. Cette participation avait en outre été acceptée par les Hospices civils, si bien que Mme Rey pouvait être considérée comme « *un collaborateur bénévole du service à l'égard de qui la responsabilité de l'établissement public peut être engagée, même en l'absence de faute et au besoin d'office* »⁸⁷³. Le Conseil d'État a pris soin de souligner que la participation de Mme Rey au service de gériatrie « était acceptée par les hospices civils ». Il a cependant considéré que la victime n'avait commis aucune faute, en empruntant la partie encore humide du couloir, en cours de nettoyage, pour se rendre aux cuisines de l'établissement.

Pour qu'un collaborateur du service public hospitalier bénéficie de ce régime de réparation particulièrement protecteur, il faut que son aide, lorsqu'elle est spontanée, se révèle absolument utile pour l'administration hospitalière. L'affaire *Guinard*⁸⁷⁴ illustre cette restriction, il s'agit en l'espèce d'un patient blessé alors qu'il prêtait son concours à plusieurs infirmiers occupés à transférer un malade dans une ambulance alors qu'il n'y avait pas ni nécessité ni urgence.

Ensuite, l'indemnisation des dommages subis par les collaborateurs occasionnels du service public a été étendue aux usagers du service public dans le souci légitime de récompenser celles et ceux dont l'action ponctuelle a pu ou aurait pu être utile au service public. En matière hospitalière, cette théorie a trouvé un écho dans une jurisprudence de 1990 de la cour administrative d'appel de Lyon qui, pour la première fois, a accepté d'engager la responsabilité de l'administration hospitalière en l'absence de toute faute⁸⁷⁵, avec l'idée sous-jacente que dans une telle hypothèse, l'usager du service public contribue à faire progresser l'état de la connaissance médicale. Le Conseil d'État n'a jamais eu à se prononcer sur un cas comparable.

Dans cette affaire, un adolescent avait été opéré à la colonne vertébrale selon une thérapeutique nouvelle, dite « méthode de Luqué ». À la suite de l'intervention, il était resté atteint d'une paraplégie des membres inférieurs, alors même qu'aucune faute n'avait été commise par l'équipe médicale. Néanmoins, les juges ont estimé que l'utilisation de cette

⁸⁷³ CE, 31 mars 1999, *Hospices civils de Lyon*, Rec. CE, 1999, Tables, p. 986.

⁸⁷⁴ CE, 14 décembre 1981, *Guinard*, Rec. CE, 1981, Tables, p. 901.

⁸⁷⁵ CAA Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, Rec. CE, 1990, p. 498 ; jurisprudence confirmée par l'arrêt de la CAA Bordeaux, 4 mai 2006, *M. Mattiuzzo*, Inédit au recueil Lebon.

thérapeutique nouvelle, qui ne s'imposait pas pour des raisons vitales, faisait courir au patient un risque spécial, ouvrant droit à réparation en cas de complications très graves. Trois conditions cumulatives sont requises : l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle dont les conséquences ne sont pas entièrement connues, l'absence de raisons vitales imposant cette utilisation et l'existence de complications exceptionnelles et anormalement graves liées directement à cette thérapeutique⁸⁷⁶.

En deuxième hypothèse, les dommages du fonctionnement du service public hospitalier peuvent toucher les tiers et dépasser le triangle hôpital, médecin et patient. Dans cette situation, la théorie du risque doit être appliquée. À chaque fois que l'activité de l'administration hospitalière génère des risques pour les tiers, ces derniers n'auront pas à prouver de faute si ces risques se traduisent pour eux par un préjudice. Les cas des sorties d'essais des malades mentaux⁸⁷⁷ liées aux méthodes modernes de rééducation et de soins utilisées illustrent la jurisprudence administrative en matière des risques spéciaux pour les tiers.

Le Conseil d'État français par son arrêt du 13 juillet 1967⁸⁷⁸ fixe en ces termes la jurisprudence : « *cette méthode thérapeutique crée un risque spécial pour les tiers, lesquels ne bénéficient plus des garanties de sécurité inhérente aux méthodes habituelles d'internement* ». Il en déduit que l'incendie allumé par le patient est en raison directe avec la sortie d'essai, et, est de nature à engager sans faute la responsabilité du département. La seule preuve que devront apporter les victimes sera celle de la réalité de leur préjudice et du lien direct de causalité entre ce préjudice et la méthode de soins utilisée par l'établissement hospitalier.

Ainsi, dans une affaire jugée le 13 mai 1987, le Conseil d'État a considéré que la méthode du placement familial surveillé en vue de faciliter la réadaptation progressive des malades mentaux à des conditions normales de vie créait des risques pour les tiers qui ne bénéficient plus alors des garanties inhérentes aux habituelles méthodes d'internement. La responsabilité de l'établissement public hospitalier se trouvait en conséquence engagée, même en l'absence

⁸⁷⁶ Aujourd'hui, une telle situation entrerait dans le champ d'application de l'indemnisation par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale.

⁸⁷⁷ Prévues dans l'article L. 3211-11-1 du Code de la santé publique modifié par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge sans que le législateur dispose sur leur régime de responsabilité pour les tiers.

⁸⁷⁸ CE, 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*, Rec. CE, 1967, p. 341.

de faute de sa part, pour les dommages causés au propriétaire de bâtiments incendiés par un malade placé sous ce régime du placement familial⁸⁷⁹. En revanche, le placement d'un malade en « service libre » dans un hôpital psychiatrique ne crée pas de risque spécial pour les tiers et n'est donc pas susceptible d'engager la responsabilité sans faute de l'établissement public hospitalier⁸⁸⁰.

La dernière hypothèse confirme qu'un établissement public de santé peut aussi être responsable des préjudices subis à son personnel à l'occasion de l'exécution du service public hospitalier. En effet, pour les agents publics hospitaliers, la réparation des accidents subis en service est assurée en principe par le mécanisme des pensions de décès et d'invalidité de façon forfaitaire⁸⁸¹. En vertu de la jurisprudence *Cames*⁸⁸², c'est donc uniquement dans le cas où n'existe pas un régime de pensions ou bien dans celui où l'agent a été exposé à des « risques exceptionnels » que la responsabilité sans faute peut être considérée comme applicable⁸⁸³.

Au-delà, la question de l'aléa thérapeutique était un sujet polémique à chaque fois qu'un patient victime d'un accident médical, issu de la nature aléatoire de l'acte médical, subit un préjudice grave, anormal et non lié au développement prévu de l'état de santé de celui-là. En la matière, le juge administratif français a un rôle majeur dans l'évolution des dispositions juridiques de la responsabilité administrative issue de l'aléa thérapeutique. Le législateur français par la loi du 4 mars 2002 est intervenu en apportant des solutions. Quel en est le contenu ?

§ 2. De la responsabilité sans faute à la solidarité nationale

Tout d'abord, on peut faire un constat, qui ne vaut pas seulement pour la France : le législateur intervient beaucoup plus qu'il ne le faisait dans le passé. Le nombre de lois a crû dans tous les domaines et l'on ne voit pas pourquoi un domaine particulier, celui de la

⁸⁷⁹ CE, 13 mai 1987, *Dame Piolet et Anson*, Rec. CE, 1987, p. 172 ; La même solution a été adoptée par le tribunal administratif de Pau dans un jugement du 21 octobre 1986, *Mme Claridge*, à la suite de la chute d'une passagère d'un autobus provoquée par le pensionnaire d'un établissement hospitalier lors d'une sortie organisée par cet établissement dans le cadre de traitements visant à assurer la réadaptation progressive des malades mentaux à des conditions normales de vie, méthode thérapeutique créant un risque spécial pour les tiers.

⁸⁸⁰ CE, 30 juin 1978, *Hôpital psychiatrique départemental de Rennes / Dame Clotault*, Rec. CE, 1978, p. 288.

⁸⁸¹ CE, 28 octobre 1938, *Alaïze*, Rec. CE, 1938, p. 801 ; CE, 22 octobre 1986, *Mlle Joseph*, Rec. CE, 1986, Tables, p. 722.

⁸⁸² CE, 21 juin 1895, *Cames*, Rec. CE, 1895, p. 509, GAJA n° 6.

⁸⁸³ TA Paris, 20 décembre 1990, *Époux B.*, Rec. CE, 1990, p. 514.

responsabilité, y aurait échappé, tant la tendance est générale. Bien des matières qui n'étaient que jurisprudentielles, ou qui étaient principalement jurisprudentielles, sont devenues des matières légiférées. La tendance libanaise en est très loin, au moins ces dernières années où la question de la responsabilité médicale n'est pas malheureusement une priorité nationale.

Pour expliquer le phénomène, on en revient toujours à ces deux évolutions dont le constat est devenu un véritable pont aux ânes pour toute personne se penchant sur le passé pour expliquer le présent, le passage de l'État-gendarme à l'État-providence, qui entraîne inéluctablement l'accroissement des interventions de l'État, donc des lois, et le passage des droits impliquant l'abstention de l'État aux droits créances qui, de nouveau, signifient plus d'interventions et plus de législation.

En outre, on peut avancer également une autre explication, qui va très bien avec l'évolution de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité médicale, celle d'une certaine impuissance du juge à répondre à de nouvelles demandes. Cette impuissance est double. D'une part, le juge sait que, quels que soient les pouvoirs qu'il s'est reconnus, quelle que soit l'étendue de son pouvoir « normateur », celui-ci connaît des limites qui résultent, notamment, des lois, ou des principes qui commandent le système politique-administratif et auxquels le juge est soumis. S'il a su faire preuve d'audace, le juge sait également qu'il ne peut pas transgresser certaines limites ; il n'est pas le premier pouvoir dans la société. De ce fait, certaines décisions n'apparaissent pas comme satisfaisantes du point de vue de l'équité ou de la justice telle qu'elle peut être ressentie par la victime, qui éprouve alors surtout un sentiment d'injustice.

D'autre part, le juge se sent incapable de répondre par lui-même à l'importance de la réparation demandée. L'attente des victimes n'est plus du même ordre qu'auparavant. Les victimes attendaient surtout le principe d'une condamnation de l'administration ou, tout au moins, ils étaient prêts à se satisfaire d'une réparation relativement symbolique. Le juge prononçait d'abord une condamnation morale de l'administration et il n'avait pas le sentiment de porter, par la condamnation pécuniaire, une grande atteinte aux finances publiques.

Les choses ont complètement changé à notre époque. Les victimes tiennent à la condamnation « morale » de l'administration mais, précisément, dans le cas d'une responsabilité sans faute, cette dimension morale disparaît. La victime est en quelque sorte

« frustrée » de cette forme de réparation. Il ne lui reste que la réparation pécuniaire. Le montant de celle-ci n'est pas indifférent. Une certaine pression se manifeste sur le juge, afin qu'il octroie une réparation d'un montant estimé convenable par la victime. Les incidences sur les finances publiques peuvent ne pas être négligeables, surtout dans le domaine médical et hospitalier, où le nombre de victimes potentielles peut être très élevé.

Seul le législateur pouvait attribuer des montants élevés de réparation dans de telles situations. Voilà pourquoi le législateur français s'est senti obligé à intervenir avec la loi du 4 mars 2002 pour répondre à des échéances d'origines différentes, jurisprudentielle pour la réparation de l'aléa thérapeutique (A) et législative pour les transfusions sanguines, les vaccinations obligatoires et les recherches biomédicales (B).

A. L'aléa thérapeutique

La justice française tente depuis plus d'un demi-siècle vers une meilleure indemnisation des victimes. Le domaine de la santé n'a pas échappé à cette tendance. Dans ce sens, le juge administratif français par l'arrêt *Gomez*⁸⁸⁴, sensible lui aussi à la demande de justice et de réparation qui s'exprimait au sein de la société, a ouvert la voie à la responsabilité sans faute du service public hospitalier en matière d'aléa thérapeutique. Il nous convient ici de définir l'aléa thérapeutique avant de présenter son système de responsabilité.

Un aléa thérapeutique peut être défini comme « *la réalisation, en dehors de toute faute, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne peut être maîtrisé* »⁸⁸⁵. L'on peut citer la définition publiée dans la revue de l'Assurance française de 1994 estimant que l'aléa thérapeutique est « *l'aléa lié au danger [généralement mesurable sur le plan statistique mais non individuellement prévisible] d'un acte médical ou para médical, susceptible de causer un dommage indépendant de tout état pathologique individuel* »⁸⁸⁶. Dans ce contexte l'absence de faute induirait nécessairement l'absence de réparation.

C'est donc dans ce contexte qu'a germé la possibilité de réparer les conséquences de l'aléa thérapeutique. La question a fait l'objet de vives controverses présentant des intérêts en terme de responsabilité et plus généralement en terme économique tant pour les victimes que pour

⁸⁸⁴ CAA Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, op. cit. ; Jurisprudence confirmée par l'arrêt de la CAA Bordeaux, 4 mai 2006, *M. Mattiuzzo*, Inédit au recueil Lebon.

⁸⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, Bull. civ. 2000, n° 287 ; JCP, éd. G. 2001, II, 10493.

⁸⁸⁶ Citée par Pierre SARGOS, « l'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », JCP, éd. G. 2000, n° 5, I, p. 202.

les médecins, les établissements de santé et leurs assureurs respectifs. La juridiction administrative fut la première à transférer la charge économique du dommage aux établissements publics de santé en admettant, à de strictes conditions, l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux sur la base d'une responsabilité sans faute de l'administration (I) ; avant que le législateur intervienne en 2002 avec la loi du 4 mars 2002 pour harmoniser le système de « responsabilité » médicale dans les deux ordres de juridiction (II).

I. L'émergence jurisprudentielle de la responsabilité sans faute de l'aléa thérapeutique

La jurisprudence administrative française l'a fait avec prudence⁸⁸⁷. L'introduction de la responsabilité sans faute de l'aléa thérapeutique était en rupture avec plus d'un siècle de jurisprudence et pouvait laisser craindre un dérapage vers une obligation de résultat peu compatible avec l'art de la médecine. Le risque d'augmentation des primes d'assurance, le ressenti des équipes médicales, la volonté de ne pas dissuader les hôpitaux publics de traiter certaines pathologies délicates et aussi la certitude que la Cour de cassation n'adopterait pas un tel raisonnement en raison des prémisses des principes gouvernant la responsabilité contractuelle militaient également pour une solution prudente.

Les faits à l'origine de la décision *Bianchi* rendue en 1993 méritent d'être rappelés : entré à l'hôpital de la Timone à Marseille, pour y subir une artériographie vertébrale rendue nécessaire par des chutes répétées de tension et une paralysie faciale, le patient s'est trouvé atteint de tétraplégie en se réveillant de son anesthésie. Ces dommages résultaient non d'une thérapeutique nouvelle, comme dans l'affaire *Gomez*, mais d'un acte d'investigation connu, banal même, une artériographie, dont les médecins savent qu'il présente un risque infime mais connu de complications très graves, de l'ordre de 3 à 4 cas pour 10 000.

Ensuite, ni les pièces du dossier ni l'expertise ne permettaient d'établir de l'intervention, des choix thérapeutiques ou encore de l'administration des soins postopératoires l'engagement de la responsabilité de l'hôpital. L'application des règles classiques de jurisprudence aurait donc dû conduire à rejeter la demande d'indemnisation. La formation de jugement la plus solennelle du Conseil d'État, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement Serge DAEL, a pourtant admis que « *lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est*

⁸⁸⁷ CE, ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. CE, 1993, p. 127.

connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité »⁸⁸⁸.

Six conditions cumulatives sont donc posées pour mettre en œuvre ce type de responsabilité objective : 1- le dommage doit résulter d'un acte médical nécessaire ou diagnostic ou au traitement ; 2- l'existence du risque qui se réalise doit être connue, c'est-à-dire qu'elle doit avoir fait l'objet d'analyse et de recensions dans la littérature médicale⁸⁸⁹ ; 3- sa réalisation doit être exceptionnelle, c'est-à-dire que son occurrence doit être très faible et inférieure à un cas sur cent ; 4- aucune raison ne devait laisser penser que le patient était particulièrement exposé à ce risque , par exemple en raison de son état de santé antérieur et de ses antécédents ; 5- Les dommages doivent être sans rapport avec l'état initial du patient apprécié à son entrée à l'hôpital⁸⁹⁰ comme avec son évolution prévisible ; 6- les dommages doivent présenter un caractère d'extrême gravité.

Dès lors, si toutefois le Conseil d'État reconnut le principe de réparation de l'aléa thérapeutique, il va sans dire qu'en posant de telles conditions, il en limita considérablement sa portée. Assurément, réunir l'ensemble de ces conditions pouvait paraître une mission périlleuse, spécialement en ce qui concerne, le caractère d'extrême gravité. Celui-ci faisant l'objet d'une appréciation *in concreto*, les magistrats entendirent préserver ainsi l'administration d'un risque d'indemnisation trop systématique. Cependant, peut-être afin de contrebalancer la rigidité de ces conditions, nous relevons que le Conseil d'État a élargi ce principe aux actes médicaux sans but thérapeutique suite à une anesthésie générale pratiquée en vue de la réalisation d'une circoncision rituelle qui, à cause de l'âge de l'enfant, ne pouvait avoir lieu dans un cercle privé⁸⁹¹.

La jurisprudence *Bianchi*, si forte symboliquement, n'a permis l'indemnisation que d'un petit nombre de victimes comme cela était prévisible au regard de sa nature exceptionnelle.

⁸⁸⁸ CE, ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, op. cit.

⁸⁸⁹ Le commissaire du gouvernement n'avait pas proposé de retenir cette condition à cause de son caractère injuste : « au nom de quoi les premières victimes d'un tel risque seraient placées dans une situation différente de celles le subissant quelques années plus tard ? ».

⁸⁹⁰ CE, 27 octobre 2000, *CH de Seclin*, Rec. CE, 2000, p. 148.

⁸⁹¹ CE, sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, Rec. CE, 1997, p. 412.

Elle est aujourd'hui dépassée par le régime législatif applicable aux faits postérieurs à la date de mise en vigueur de la loi du 4 mars 2002. Pour les faits antérieurs à cette date, la jurisprudence *Bianchi* reste la référence. Et, pour obtenir une indemnisation à ce titre, le juge doit vérifier que chaque condition est satisfaite. Dès lors que l'une d'entre elles n'est pas remplie, la responsabilité sans faute de l'établissement public de santé est écartée et, l'argumentation des requérants sur les autres conditions est inopérante⁸⁹². La responsabilité sans faute est également écartée lorsque les dommages, quoique d'une extrême gravité, ne présentent qu'un caractère temporaire⁸⁹³. La condition de la gravité extrême des dommages n'a été regardée comme satisfaite qu'en cas de décès ou d'infirmité entraînant une incapacité supérieure à 50%⁸⁹⁴.

Par contre, la plupart des applications positives de cette jurisprudence ont concerné des anesthésies générales⁸⁹⁵, des allergies gravissimes à des produits utilisés lors de l'intervention, des endoscopies, des coronarographies⁸⁹⁶ ou des interventions chirurgicales dans des zones particulièrement délicates du corps humain⁸⁹⁷. Le risque qui se réalise n'a pas à être spécifique à l'intervention réalisée et peut, comme un accident vasculaire cérébral, concerner un grand nombre d'actes médicaux⁸⁹⁸.

Dans certains cas, l'appréciation sur le lien de l'accident avec l'état antérieur du patient ou avec son évolution prévisible est particulièrement délicate. Le Conseil d'État a pu admettre l'engagement de la responsabilité sans faute en estimant que la victime, malgré un état de santé dégradé, n'était pas soumise au risque qui s'est réalisé⁸⁹⁹. Il a à l'inverse jugé dans d'autres hypothèses que l'évolution prévisible de l'état de santé ou les prédispositions du patient au risque qui s'est réalisé devaient conduire à écarter la responsabilité sans faute⁹⁰⁰.

Mais l'extension de la responsabilité sans faute par la voie jurisprudentielle était difficilement envisageable. Face à des débats doctrinaux, la Cour de cassation française finit

⁸⁹² CE, 24 octobre 2008, *Chottin*, Rec. CE, 2008, Tables, p. 913.

⁸⁹³ CE, 5 juin 2002, *Mme Rodrigues*, Rec. CE, 2002, Tables, p. 921 ; AJDA 2002, p. 936.

⁸⁹⁴ MAUGÜÉ Christine et THIELLAY Jean-Philippe, *la responsabilité du service public hospitalier*, op. cit.

⁸⁹⁵ CE, 27 octobre 2000, *CH de Seclin*, op. cit.

⁸⁹⁶ CE, 22 novembre 2002, *CPAM de Paris et CRAMIF / Michaali*, n° 186220, Inédit au recueil Lebon.

⁸⁹⁷ CE, 15 janvier 2001, *AP-HP*, Rec. CE, 2001, p. 15.

⁸⁹⁸ CE, 19 mars 2010, *Consorts Ancey / AP-HP*, AJDA 2010, p. 586.

⁸⁹⁹ CE, 14 octobre 2002, *Mme Favre et autres*, n° 210627, Inédit au recueil Lebon ; CE, 25 juillet 2007, *Mme Russo et autres*, Rec. CE, 2007, Tables, p. 1067.

⁹⁰⁰ CE, 25 juillet 2007, *CHG d'Avignon*, n° 274682, Inédit au recueil Lebon ; CE, 14 janvier 2009, *CPAM des Ardennes*, n° 284434, Inédit au recueil Lebon.

par se prononcer en refusant explicitement, par sa décision du 8 novembre 2000, d'accepter la réparation de l'aléa thérapeutique. Elle précise que « *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* »⁹⁰¹. Cette décision, toutefois, laissa un goût amer à de nombreuses victimes. Par ailleurs, même si les cas d'indemnisation dans le secteur public étaient relativement peu nombreux, subsistait toujours une différence de traitement entre les usagers du service public hospitalier et les patients des établissements privés de santé.

En conséquence, grandit dans l'esprit du législateur français la possible création d'un fond d'indemnisation des victimes. La loi du 4 mars 2002 vint mettre fin à ces inégalités, mettant en place un système d'indemnisation des accidents médicaux fondé sur la solidarité nationale pour réaliser les deux objectifs suivants : d'une part, concilier les intérêts des professionnels de santé et des patients et, d'autre part, faciliter les procédures d'indemnisation.

II. Une nouvelle dimension vers la solidarité nationale

La loi du 4 mars 2002 a modifié les dispositions du droit jurisprudentiel de la responsabilité sans faute des accidents médicaux du service public hospitalier. Elle l'a étendu au secteur privé à la fois sur le fond, en s'inspirant pour les élargir des conditions de la jurisprudence *Bianchi*, et sur la procédure, en confiant la charge de la réparation à l'ONIAM. La loi a ainsi posé en principe que lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement n'est pas engagée sur le fondement de la faute, le patient n'en a pas moins droit à l'indemnisation du préjudice qu'il a subi lorsque certaines conditions⁹⁰² inspirées de la jurisprudence *Bianchi* sont remplies : 1- le dommage doit être directement imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins ; 2- il doit revêtir un caractère de particulière gravité, ce caractère de gravité étant fixé par décret, au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. Ouvre droit à réparation un taux d'incapacité permanente supérieur à 24%⁹⁰³. Il représente donc un abaissement substantiel du seuil de gravité des dommages par rapport à la

⁹⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, *Destandau / tourneur et MSA*, Bull. civ. 2000, n° 287 ; JCP, éd G. 2001, II, 10493.

⁹⁰² Article L. 1142-1 du CSPF.

⁹⁰³ Article L. 1142-1 du Code de la santé publique laisse au pouvoir réglementaire le soin de fixer ce taux, en lui fixant un plafond de 25 %. L'article D. 1142-1 du Code de la santé publique, issu du décret n° 2003-314 du 4 avril 2003, a fixé le taux à 24 %.

jurisprudence *Bianchi*. Les victimes, dont le dommage corporel se situe en deçà de ce seuil de gravité n'auront en revanche droit à aucune indemnisation au titre de la solidarité nationale ;
3- il doit avoir entraîné pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci. Le législateur français n'a toutefois pas retenu la condition jurisprudentielle reposant sur le caractère exceptionnel et connu du risque.

Par conséquent, la charge de ce risque ne pèse plus sur les professionnels ou les établissements de santé, mais sur un établissement public national, l'Office d'indemnisation des accidents médicaux et des affections iatrogènes financé principalement par une dotation de l'assurance maladie. L'instruction des demandes est confiée aux commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CRCI).

Il convient de dire que, si la loi du 4 mars 2002 est plus avantageuse pour les victimes, elle ne garantit pas systématiquement l'indemnisation. En effet, la difficulté majeure tient dans la preuve d'un dommage supérieur à 24 % d'IPP. Or, même si des dommages peuvent sembler graves aux yeux de la majorité des personnes, il n'en reste pas moins que ce seuil est rarement atteint, laissant toutes les personnes au dessous sans indemnité.

Enfin, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique n'est que le dernier exemple d'innovation du législateur français en la matière. Par le passé, les dommages causés par des transfusions sanguines, par des vaccinations obligatoires ou encore par les conséquences des recherches biomédicales ont donné lieu à des interventions législatives.

B. Dommages spécifiques indemnisés sur la solidarité nationale

Depuis longtemps, le législateur français a ressenti la nécessité de légiférer dans des domaines qui entraînent des risques pour une grande masse des usagers du service public hospitalier. Ces domaines issus de la politique publique sanitaire concernent tous les actes de transfusion sanguine (I), les vaccinations obligatoires (II) et les recherches biomédicales (III). Les fondements juridiques de l'indemnisation définis par la loi pour ces activités médicales ont connu ces dernières années des évolutions reflétant la nouvelle notion de la réparation des dommages du service public hospitalier.

I. Le régime de responsabilité pour les actes de transfusions sanguines

Le drame de la transfusion sanguine dans les années 90, en France, a été à l'origine de l'un des scandales les plus importants touchant l'État, celui de « l'affaire du sang contaminé ». Toutefois, ce drame va bien au-delà de cette affaire et a suscité des interrogations sur les responsabilités engagées en cas de contamination par voie transfusionnelle effectuée dans les hôpitaux publics. Le virus du sida peut être transmis par le sang. Un certain nombre de personnes ont été contaminées à l'occasion de transfusions sanguines. Ces contaminations ont principalement touché les hémophiles et les personnes qui ont dû subir des transfusions lors d'interventions chirurgicales. Mais la question de la transfusion sanguine ne concerne pas seulement la maladie du sida, elle concerne aussi d'autres genres de virus.

Concernant le sida, l'indemnisation des victimes de contamination par transfusion résulte de la condamnation de certains acteurs de l'activité médicale. Ces condamnations reposaient sur plusieurs fondements suivant qu'il s'agit de l'État ou des centres de transfusion sanguine ou des hôpitaux. La responsabilité de l'État a été recherchée dans le cadre de l'exercice de son pouvoir réglementaire. En tant qu'autorité de tutelle, l'État est chargé de réglementer les conditions de prélèvement et d'utilisation du sang. La responsabilité de l'État a été engagée sur le terrain de la faute simple avec l'arrêt *M. D.*⁹⁰⁴.

Ensuite, l'affaire du sang contaminé a été suivie d'une réforme importante en matière de transfusion sanguine et de médicament⁹⁰⁵. Cette réforme a notamment créé l'Agence Française du Sang et précisé certains points de la responsabilité des centres de transfusion sanguine vis-à-vis des donneurs. En revanche, elle est restée silencieuse sur la responsabilité des centres de transfusion sanguine en cas de fourniture de produits sanguins viciés.

La responsabilité des centres de transfusion sanguine à caractère public devant la juridiction administrative française a été engagée sur le fondement de la responsabilité sans faute⁹⁰⁶. Par les trois arrêts du 26 mai 1995, le Conseil d'État a admis la responsabilité sans faute des centres de transfusion sanguine en raison de la fourniture de sang contaminé. En revanche, le Conseil d'État a estimé que le fait de n'avoir pas procédé au test Elisa,

⁹⁰⁴ CE, ass., 9 avril 1993, *M. D.*, Rec. CE, 1993, p. 110.

⁹⁰⁵ Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, JO du 4 janvier 1993, n° 3, p. 237.

⁹⁰⁶ CE, ass., 25 mai 1995, *Consorts N'Guyen et Jouan*, Rec. CE, 1995, p. 221, AJDA 1995, p. 577 et CE, ass., 26 mai 1995, *Consorts Pavan*, Rec. CE, 1995, p. 221.

permettant le dépistage du virus, ne constituait pas une faute compte tenu de la brièveté du délai et du fait que ce test n'était pas obligatoire⁹⁰⁷. Là non plus, les contaminations antérieures à 1985 n'ont pas engagé la responsabilité des hôpitaux compte tenu de l'état des connaissances scientifiques⁹⁰⁸.

Pourtant la responsabilité des hôpitaux pouvait être engagée sur le terrain de la responsabilité sans faute⁹⁰⁹ lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement d'un malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle. Cette jurisprudence n'a pas reçu d'application positive en matière de sida transfusionnel. Pour l'hépatite C, la jurisprudence administrative française refusait d'engager la responsabilité des établissements hospitaliers au motif que la spécificité du virus, présumé jusque-là n'a été découverte qu'en 1990. En effet, ceux-ci n'ont pas commis de faute en n'assurant pas de dépistage obligatoire avant cette date⁹¹⁰. Ainsi, en 1997, le juge administrative a étendu la jurisprudence du sida aux contaminations par l'hépatite C⁹¹¹.

Afin de faciliter l'indemnisation des victimes de sida, dans une logique relevant de la solidarité nationale, le législateur français a mis en place par la loi du 31 décembre 1991⁹¹² un fonds d'indemnisation (FITH)⁹¹³. Il convient de mentionner que la saisine du FITH ne faisait pas obstacle à l'engagement de procédures juridictionnelles devant le juge compétent, selon la nature publique ou privée du centre de transfusion en cause, le juge devant alors tenir compte des sommes déjà versées par le fonds⁹¹⁴. C'est la raison qui conduit à étudier le régime jurisprudentiel de la responsabilité des dommages de transfusions sanguines en parallèle avec le système législatif d'indemnisation.

Quelques années après le scandale du sang contaminé, l'organisation administrative de la transfusion sanguine a été réformée en profondeur par la loi du 1^{er} juillet 1998. Cette loi a procédé à une remise à plat de l'ensemble de l'organisation en mettant notamment en place

⁹⁰⁷ CE, 16 juin 1997, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, RFDA 1997, p. 893.

⁹⁰⁸ CAA Lyon, 9 juillet 1992, *Assistance publique de Marseille*, JCP 1992, éd. G., IV, 3072 ; CAA Paris, 23 juin 1994, *Mme X.*, n° 93PA01060, Inédit au recueil Lebon.

⁹⁰⁹ CE, 9 avril 1993, *M. Bianchi*, op. cit.

⁹¹⁰ CAA Nancy, 11 mai 1994, *Mme S.*, Rec. CE, 1994, Tables, p. 1179.

⁹¹¹ CAA Lyon, 2 octobre 1997, *Centre hospitalier Joseph Imbert d'Arles / Carlotti*, LPA 1998, n° 55, p. 9, note J.-A. BAS.

⁹¹² Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, JO du 4 janvier 1992, n° 3, p.178.

⁹¹³ Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles.

⁹¹⁴ CE, 15 octobre 1993, *Cts Jezequel et Vallée*, Rec. CE, 1993, p. 280.

l'Établissement français du sang (EFS), opérateur unique en la matière depuis le 1^{er} janvier 2000. Celui-ci doit, si la décision juridictionnelle est susceptible de préjudicier à ses droits, être mis en cause d'office dans l'instance par le juge⁹¹⁵. Les centres de transfusion sanguine, autonomes ou intégrés dans des établissements hospitaliers, ont été transformés en structure déconcentrées de cet établissement. L'EFS est en particulier devenu la personne morale responsable des conséquences de contaminations transfusionnelles, les obligations que l'établissement a reprises des centres de transfusions s'étendant aux condamnations à réparer les dommages subis⁹¹⁶.

Pour les victimes de contaminations transfusionnelles par le VHC⁹¹⁷, le législateur a instauré un régime particulier afin de répondre à la difficulté objective de prouver le lien entre une transfusion et la contamination, surtout dans la mesure où d'autres facteurs de risque peuvent expliquer la maladie. L'article 102 de la loi du 4 mars 2002 pose le principe d'une présomption d'imputabilité de la contamination à une transfusion sanguine dont le juge a donné le mode d'emploi⁹¹⁸. Ce texte ne fait que légaliser les solutions jurisprudentielles antérieures, marquées par l'orthodoxie, comme l'ont fait remarquer les parlementaires pendant les débats sur le vote de cette loi⁹¹⁹.

Ensuite, la loi du 4 mars 2002 s'est contentée d'entériner les jurisprudences administratives et judiciaires qui, dans un souci d'aide aux victimes, avaient instauré un renversement de la charge de la preuve. Cette position était celle du Conseil d'État depuis un arrêt du 15 janvier 2001⁹²⁰, suivie par la Cour de cassation quelques mois plus tard⁹²¹. Il a établi donc une présomption de causalité dès lors que le malade atteint d'une hépatite C prouve qu'il a été contaminé à la suite d'une transfusion sanguine et qu'il ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre.

⁹¹⁵ CE, 8 août 2008, *CHU de Clermont-Ferrand*, Rec. CE, 2008, Tables, p. 936.

⁹¹⁶ CE, 30 novembre 2007, *CH de Clermont-Ferrand*, Rec. CE, 2007, Tables, p. 1089 ; AJDA 2008, p. 311.

⁹¹⁷ Virus de l'hépatite C.

⁹¹⁸ CE, 19 octobre 2011, *Vidal*, n° 339670, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.fr ; CE, 19 octobre 2011, *Barbier*, n° 338686, www.legifrance.fr ; CE, 10 octobre 2003, *Mme Tato*, Rec. CE, 2003, p. 393 ; AJDA 2004, p. 228, concl. Chauvaux.

⁹¹⁹ Avis n° 175, Sénat, annexé à la séance du 16 janvier 2002, p. 75.

⁹²⁰ CE, 15 janvier 2001, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, Rec. CE, 2001, p. 15.

⁹²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2001, D. 2001, p. 2149. Ce dernier se réfère directement à la jurisprudence *AP-HP* du Conseil d'État en la matière. Dans cette affaire, le rapporteur Pierre SARGOS, se référant explicitement à la jurisprudence administrative en matière de détermination de la charge de la preuve pour les contaminations du fait de virus, décide d'adopter cette position.

Une fois que le demandeur a démontré l'existence de la contamination et la transfusion, point sur lequel les règles normales de la charge de la preuve pèsent sur le demandeur⁹²², il lui appartient d'apporter au juge des éléments qui permettent de présumer que la contamination trouve son origine dans une transfusion. Il appartient alors à l'EFS d'apporter la preuve contraire, par exemple en démontrant d'innocuité des produits sanguins dont les donneurs, sains, auraient été tracés. Le juge forme alors sa conviction au vu de l'ensemble des éléments, le doute devant profiter à la victime. Pour dégager sa responsabilité, l'administration ne peut invoquer la possibilité que la contamination ait pu trouver son origine dans d'autres actes médicaux réalisés en son sein, et pour lesquels aucune preuve n'existerait⁹²³. Ces règles sont également appliquées dans des procédures de référé provision, parfois en l'absence de toute procédure au fond⁹²⁴.

En revanche, depuis la loi du 17 décembre 2008⁹²⁵, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010⁹²⁶, l'ONIAM est désormais compétent pour répondre aux demandes d'indemnisation des dommages subis du fait d'une contamination par le VHC sur le fondement de la solidarité nationale. Cette action législative est précédée par la loi du 9 août 2004⁹²⁷, entrée en vigueur avec l'intervention du décret d'application du 30 décembre 2005⁹²⁸, par laquelle l'ONIAM s'est substitué au Fonds pour indemniser les victimes des contaminations par le virus du sida. Pour la définition de ces dernières procédures, le législateur s'est inspiré des règles créées pour l'indemnisation des accidents médicaux. Il a également prévu qu'une dotation serait versée par l'EFS à l'ONIAM pour assurer le financement des indemnisations.

Il convient de noter ici, que, après avoir confié aux centres de transfusion sanguine agréés, publics comme privés, par la loi du 21 juillet 1952, le monopole des opérations de collecte de sang et la mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, le traitement, le conditionnement et la fourniture des produits sanguins, le législateur français s'est préoccupé,

⁹²² CE, 25 juillet 2007, *Établissement français du sang*, Rec. CE, 2007, Tables, p. 1063 : considérant que « *cette preuve peut être apportée par tout moyen et est susceptible de résulter, notamment dans l'hypothèse où les archives de l'hôpital ou du centre de transfusion sanguine ont disparu, de témoignages et d'indices concordants dont les juges du fond appréciant souverainement la valeur* ».

⁹²³ CE, 29 juin 2009, *Mlle p.*, n° 285383, Inédit au recueil Lebon.

⁹²⁴ CE, 5 décembre 2005, *EFS*, Rec. CE, 2005, p. 549.

⁹²⁵ Art. 67 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008, JO du 18 décembre 2008, n° 294, p. 19291 codifié dans l'article L. 1221-14 du CSPF.

⁹²⁶ Avis n° 329466, CE, 7 décembre 2009, *M. et Mme Bergdoll et Lacroix*, Rec. CE, 2009, p. 491.

⁹²⁷ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004, n° 185, p. 14277 ; Art. L. 3122-5 du CSPF.

⁹²⁸ Décret n° 2005-1768 du 30 décembre 2005, JO du 31 décembre 2005, n° 304, p. 20850 ; Art. R. 3122-5 du CSPF.

par la loi du 2 août 1961, de la responsabilité sans faute de l'État vis-à-vis des donneurs de produits sanguins⁹²⁹. Premier exemple de régime de responsabilité sans faute en matière sanitaire et médicale, la loi impose aux établissements de transfusion d'assumer, même sans faute, la responsabilité des risques encourus par les donneurs du fait de la modification des caractéristiques du sang avant le prélèvement⁹³⁰. Cette prise en charge ancienne sans faute des dommages n'était pas limitée aux seuls donneurs de sang, mais elle concernait aussi les personnes recevant un vaccin obligatoire.

II. la prise en charge des dommages vaccinaux

Dès la loi du 1^{er} juillet 1964⁹³¹, l'État français a mis en place un régime d'indemnisation sans faute des dommages causés par les vaccinations obligatoires réalisées postérieurement à son entrée en vigueur⁹³², après avoir appliqué à la vaccination, considérée comme un acte médical, un régime de responsabilité pour faute lourde⁹³³ et puis un mécanisme de présomption de faute plus favorable pour la victime⁹³⁴.

Le dispositif est aujourd'hui repris à l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique : « *Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent chapitre, est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales institué à l'article L. 1142-2, au titre de la solidarité nationale [...], jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'il a payée, l'Office est, s'il y a lieu, subrogé dans les droits et actions de la victime* »⁹³⁵. Depuis la loi du 4 mars 2002, modifiée par la loi du 9 août 2004⁹³⁶, la réparation est versée pour le compte de l'État par l'ONIAM, au titre de la solidarité

⁹²⁹ La loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine, op. cit., en a élargi le champ d'application en reconnaissant notamment les missions de service public assurées par les centres de transfusion sanguine, publics comme privés.

⁹³⁰ Cette disposition rend sans objet la jurisprudence antérieure qui voyait dans les donneurs des collaborateurs bénévoles du service et, en conséquence, les faisait déjà bénéficier de la responsabilité sans faute.

⁹³¹ Loi n° 64-643 du 1^{er} juillet 1964, D. 1964, p. 220 ; Art. L. 10-1 de l'ancien Code de la santé publique français.

⁹³² CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, Rec. CE, 2007, p. 118 ; CE, 14 décembre 1984, *Gauchon*, Rec. CE, 1984, p. 735. Voir également dans le même sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, n° 08-12781, Bull. 2009, I, n° 141.

⁹³³ CE, 20 mai 1949, *Daret*, Rec. CE, 1949, p. 234 ; CE, 7 mai 1952, *Dame Veuve Chassagnac*, Rec. CE, 1952, p. 230.

⁹³⁴ CE, ass., 7 mars 1958, *Dejous*, Rec. CE, 1958, p. 153.

⁹³⁵ CE, 27 mai 2009, *Mme Geneviève A.*, n° 304668, Inédit au recueil Lebon.

⁹³⁶ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, op. cit.

nationale. Tous les dommages survenus du fait d'une vaccination obligatoire depuis 1964, y compris antérieurs à 2002 donc, sont couverts par le régime d'indemnisation.

Il est utile de dire que ce système d'indemnisation ne s'applique qu'aux vaccinations obligatoires. Pour les vaccinations volontaires et donc non obligatoires, une faute devra être démontrée ou présumée⁹³⁷. Les vaccinations obligatoires ne peuvent être imposées que par le législateur, sauf pour les personnels placés sous l'autorité du ministre de la défense, responsable du maintien de leur aptitude à l'exercice de leurs missions⁹³⁸. Le Conseil d'État censure les actes pris par les autorités administratives qui imposent une telle obligation sans habilitation législative⁹³⁹.

Le juge administratif français fait preuve d'une certaine bienveillance dans la preuve de l'existence de la vaccination ces dernières années. Ainsi, le fait que manquent certaines informations en principe obligatoires pour que le professionnel de santé justifie auprès de son employeur qu'il a reçu le vaccin, ne fait pas obstacle à ce que le juge, au vu de l'ensemble du dossier, reconnaisse la réalité de la vaccination⁹⁴⁰.

Dans un domaine différent, une autre hypothèse ancienne, celle des dommages résultant des recherches biomédicales, a donné lieu à intervention du législateur qui a institué un double dispositif de responsabilité.

III. La réparation des conséquences des recherches biomédicales

En matière de recherches biomédicales, le législateur français a institué un double régime de responsabilité. D'une part, il a instauré, par la loi du 20 décembre 1988⁹⁴¹ dite loi « Huriet », un régime de responsabilité sans faute des conséquences dommageables des recherches biomédicales à la charge du promoteur des recherches, lorsque celles-ci produisent

⁹³⁷ CE, 28 janvier 1983, *Mlle Amblard*, Rec. CE, 1983, p. 32.

⁹³⁸ CE, 3 mars 2004, *Association « liberté, information, santé »*, Rec. CE, 2004, p. 112.

⁹³⁹ CE, 29 juillet 1994, *Courty*, Rec. CE, 1994, p. 369. Dans des circonstances particulières, dans certaines zones et pour certains types de population, c'est le ministre de la Santé ou le préfet qui est habilité par la loi à imposer certaines vaccinations, comme la vaccination antivariolique des personnels affectés à la prise en charge des premiers cas de variole en cas de réapparition de la maladie : Art. D. 3111-19 CSP. Pour les jeunes enfants, les obligations ont été récemment allégées : la vaccination contre le BCG, obligatoire jusqu'en 2007, n'est plus que facultative. Les seules obligations demeurent la vaccination contre la diphtérie, le tétanos (Art. L. 3111-2 CSPF) et la poliomyélite (Art. L. 3111-3 CSPF).

⁹⁴⁰ CE, 24 juillet 2009, *Gauvin*, Rec. CE, 2009, Tables. P. 952.

⁹⁴¹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO du 22 décembre 1988, p. 16032.

des conséquences dommageables et que l'on ne peut pas en attendre un « bénéfice individuel direct ». D'autre part, c'est avec la loi du 23 janvier 1990⁹⁴² que le législateur a institué un régime de présomption de faute pour les dommages liés aux recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct.

Désormais, en vertu de l'article L. 1121-10 du CSPF, dans sa rédaction issue de la loi du 9 août 2004⁹⁴³, le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête qu'il y ait eu ou pas bénéfice personnel induit par la recherche. Le promoteur ne peut s'exonérer de cette responsabilité qu'en apportant la preuve que le dommage n'est pas imputable à sa faute. Dans cette dernière hypothèse, si le dommage atteint un certain seuil de gravité, les victimes peuvent alors obtenir une indemnisation auprès de l'ONIAM sur le fondement de la solidarité nationale. En cas de procédure contentieuse, seul le tribunal de grande instance est compétent, même lorsque les recherches ont été conduites dans un établissement public de santé⁹⁴⁴.

⁹⁴² Loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, JO du 25 janvier 1990, n° 21, p. 1009.

⁹⁴³ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, op. cit.

⁹⁴⁴ Art. L. 1126-7 CSPF.

Conclusion

Pour que l'étude du fondement principal à l'engagement de la responsabilité du service public hospitalier soit complète, il est nécessaire de se prononcer sur les exceptions au principe de la faute médicale. Dans ce contexte, l'analyse de la jurisprudence administrative et des mutations légales substantielles en matière de la responsabilité médicale permet de distinguer quatre formes d'exceptions :

La première est celle de la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé qui ne peut être engagée en cas d'échec des actes médicaux prénatals que si une faute caractérisée ait eu lieu. L'étendue variable et non définie de cette notion soulève maintes interrogations. Par contre, cette situation prévue par la loi Kouchner en France n'a pas un équivalent ni dans le texte législatif libanais ni dans la jurisprudence administrative libanaise.

La deuxième exception, est celle de la faute personnelle qui peut engager la responsabilité du service public hospitalier. Dans ce domaine, le lien avec le service public hospitalier a un rôle focal. Il permet au juge administratif français de mettre en cause un créancier solvable, c'est-à-dire l'établissement public de santé. Par ailleurs, ce lien entre la faute commise et le service public hospitalier au milieu de la contradiction prouvée dans la jurisprudence dans l'appréciation de la faute peut jouer un rôle décisif dans la détermination de la faute caractérisée ou faute personnelle. La faute médicale d'une extrême gravité se transforme en faute personnelle quand la faute médicale grave commise est dépourvue de tout lien avec le service public hospitalier.

La troisième, est celle de la responsabilité du service public hospitalier sans qu'aucune faute n'ait été commise par un agent public hospitalier. C'est le type de responsabilité d'un fournisseur des produits et appareils de santé défectueux, ou bien, celle de la responsabilité des dommages résultant des infections nosocomiales lorsque l'infection a entraîné une incapacité permanente partielle inférieure à 25 %. L'analyse de la jurisprudence française montre que les textes législatifs, ayant l'unification des règles de la responsabilité médicale comme objectif, n'ont pas généré une application ou une interprétation harmonisée non

seulement entre les ordres juridictionnels mais aussi au sein de la même juridiction. Pour le Liban, le domaine de la responsabilité administrative sans faute reste limité. Le juge administratif libanais, malheureusement, n'a pas eu l'occasion de se prononcer en la matière et la tendance jurisprudentielle reste inconnue.

La quatrième exception relève de l'indemnisation des victimes de l'aléa thérapeutique sur le fondement de la solidarité nationale. Par cette théorie, le législateur français a voulu conserver un équilibre social souhaité dans la relation des médecins avec leurs patients. D'une part, il permet aux victimes d'être indemnisées par un office national financé par les dotations des compagnies d'assurances et d'autre part il a exempté le service public hospitalier et les professionnels de santé d'un poids financier redoutable. L'idée d'un système d'indemnisation amiable des accidents médicaux au Liban mérite d'être discutée et même d'être un projet commun entre le ministère de la santé, le ministère des affaires sociales et l'établissement de la sécurité sociale. La mise en œuvre d'un tel système assurerait une justice sociale très bénéfique dans la relation des usagers du service public hospitalier libanais avec les établissements publics de santé.

Certains auteurs ont vu dans l'affirmation par le législateur français de la nécessité de la faute pour engager la responsabilité du service public hospitalier comme une régression au niveau des fondements classiques élaborés par la jurisprudence administrative française. Pourtant, la loi française a pu assurer un mécanisme de protection satisfaisant, prévaloir pour garantir les droits des malades victimes. Le législateur français a bien fait par la primauté de l'équilibre social, peu importe le fondement juridique de l'indemnisation, en assurant un système indemnitaire favorable aux victimes des accidents médicaux aléatoires.

En revanche, ce système de règlement amiable soulève des questions cruciales quant au traitement égal pour tous les demandeurs qui se considèrent victimes d'accidents médicaux aléatoires. Le législateur français est resté muet sur plusieurs notions juridiques fonctionnelles que les institutions régionales du système de l'amiable essayent de traiter. Même après dix ans, la question de l'efficacité du système de règlement amiable des accidents médicaux en France reste un sujet d'actualité.

Titre II

Un déplacement progressif du pôle de la responsabilité au pôle de l'indemnisation

La présentation des éléments relatifs à l'étude de la responsabilité administrative et des fonds d'indemnisation permet d'expliquer l'amorce de distinction opérée en droit de la responsabilité hospitalière entre la réparation et l'indemnisation. Si une grande majorité des auteurs ne distinguent pas les deux notions, c'est sans doute parce qu'elles présentent indiscutablement la même substance : elles consistent toutes deux « à dédommager quelqu'un de ses pertes ». Le droit de la responsabilité administrative contribue d'ailleurs à rapprocher, voire à confondre les deux notions.

La réparation, constitue un moyen de rétablir un équilibre rompu par le dommage, et de faire comme si celui-ci n'avait jamais été subi par la victime. L'indemnisation accordée aux victimes par le mécanisme des fonds ne se rattache pas à l'idée de responsabilité proprement dite. Notamment, l'existence même des fonds d'indemnisation représente « l'amorce d'un statut légal de la victime, définissant ses rapports avec l'État ».

Or, soit par la voie juridictionnelle soit par la voie amiable, l'expert médical a un rôle déterminant en la matière. Il lui incombe de préciser le fait dommageable, d'apprécier les préjudices subis et de dire le lien entre le fait dommageable et le préjudice subi. Cette mission est nécessaire non seulement pour le juge mais aussi pour n'importe quelle voie amiable ou de conciliation. Pour cette raison, il convient d'abord de traiter la question de l'expertise médicale (chapitre I) dans une logique de souci d'indemnisation intégrale des préjudices médicaux (chapitre II).

Chapitre I

L'expertise médicale

L'expertise médicale est souvent nécessaire en matière de responsabilité médicale compte tenu de la technicité de la faute et de l'incompétence du juge dans ce domaine. Mais pour être indispensable, celle-ci n'en présente pas moins certains dangers. Outre la partialité du rapport d'expertise en raison des tendances scientifiques prédominantes chez ce dernier et qui pourraient influencer d'une certaine façon les conclusions auxquelles il parvient, il existe d'autres risques, résidant notamment dans la possibilité d'un débordement du rapport d'expertise du domaine technique au domaine juridique ou de la tentation du juge lui-même de déléguer à l'expert des attributions d'ordre juridique. Certes, il existe un certain nombre de moyens aussi bien au niveau des textes que des principes généraux du droit qui pourraient contribuer à contrer ces dangers, mais leur efficacité est tributaire de la volonté du juge de les mettre en œuvre sur le plan pratique.

Le juge et son expert forment un couple mal assorti que divise la différence des points de vue et des langues ; mais s'il est un domaine où ce couple est bien obligé de cohabiter, c'est bien le domaine médical ; le professeur VOUIN le reconnaît d'ailleurs lui-même implicitement lorsqu'il admet que la technicité justifie le principe de l'expertise⁹⁴⁵. Dès lors, on ne saurait nier que la faute médico-chirurgicale soit le domaine de l'expertise par excellence.

En raison de sa technicité, cette faute ne peut en effet être appréciée que par rapport à des normes spécifiques que le juge ne peut appréhender à lui seul, s'agissant d'un domaine qui lui est totalement étranger, où de nombreuses questions sont de surcroît l'objet de controverses scientifiques. L'expertise est généralement définie comme étant la procédure qui a pour but d'utiliser les connaissances d'un technicien pour tirer au clair une question dont la solution demande une compétence technique dont le juge est dépourvu ; il est donc souvent nécessaire pour déterminer les causes de l'accident mais aussi pour préciser si le comportement du

⁹⁴⁵ VOUIN R., *Le juge et son expert*, Dalloz, Chronique, 1955, p. 131.

prévenu a été défaillant par rapport à celui du modèle de référence qui se serait conformé aux données actuelles de la science dont la méconnaissance constitue une faute. Malheureusement, cette procédure peut connaître des dérives et l'on va se pencher sur les normes et les principes juridiques qui assurent un certain niveau de sécurité juridique (section 1). Un procès équitable, objectif naturel des acteurs d'un contentieux, dépend des pratiques crédibles des experts que l'on examinera ensuite (section 2).

Section 1. Une procédure juridique qui n'est pas sans dérives

Le premier danger résulte de la possibilité d'un glissement de la mission de l'expert du domaine technique vers le domaine juridique. La principale raison d'un tel glissement tient au fait que la délimitation entre les opérations techniques dévolues à l'expert et l'appréciation juridique qui, réservée en principe au juge, n'est guère aisée. La faute médicale étant définie comme le manquement aux données de la science, l'expert qui constate que le comportement du défendeur s'écarte du comportement type du médecin avisé, prodiguant des soins consciencieux et conformes aux données actuelles ou acquises de la science, paraît naturellement conduit à se prononcer en faveur de l'existence de la faute.

Parfois, il y a confusion entre les deux aspects scientifique et déontologique de la mission de l'expert. Il en est ainsi par exemple lorsque ce dernier conclut dans son rapport que le comportement du chirurgien qui n'a pas tenu compte des douleurs ressenties par le malade et de ses appels incessants peut être considéré comme le manque d'attention au sens déontologique du terme. De telles conclusions ne peuvent qu'influencer l'appréciation juridique que le juge devra faire de ce comportement. L'expert peut même parfois se laisser aller à porter un jugement sur la responsabilité du praticien ; il en est particulièrement ainsi lorsqu'il affirme dans ses conclusions que « *le médecin anesthésiste doit assumer les conséquences de son anesthésie et la responsabilité des préjudices causés au malade* »⁹⁴⁶.

Cette pratique relativement courante dans la jurisprudence française, bien que prohibée par la loi, a été vigoureusement dénoncée. Dans le domaine de la justice comme dans les autres, depuis plusieurs années, le rôle du technicien s'est étendu. Naguère, on lui demandait exceptionnellement un rapport sur tel ou tel problème déterminé et de stricte compétence.

⁹⁴⁶ Rapport de l'expert concernant une espèce soumise au tribunal d'Oran le 26 mars 1995, n° du dossier 337/95, cité par Boussouf-Hamana Naziha, *Revue Sciences Humaines*, n° 13, 2000, p. 7.

Aujourd'hui, à tout propos, voire hors de propos, on s'en rapporte à lui, non pas seulement pour faire la constatation et vérification matérielles mais pour conclure en droit.

Or, ne manque pas de rappeler le professeur VOUIN, l'expert n'est pas le juge... le pouvoir de juger n'est pas de ceux qui se délèguent. Si le juge, en raison de son incompétence technique peut recourir à l'assistance de l'expert, il ne doit pouvoir demander à ce dernier qu'une assistance technique⁹⁴⁷. Abondant dans le même sens, Jean PENNEAU observe à ce propos que l'expertise ne doit intervenir que comme complément de l'expérience du juge dans un domaine qu'il ignore. Il est donc nécessaire qu'il place la mission de l'expert sur un terrain strictement objectif et technique et se réserve expressément l'appréciation et la qualification des éléments qui lui sont fournis.

En outre, un deuxième risque est également à relever qui a trait cette fois-ci à la valeur du rapport d'expertise lui-même qui peut acheminer sur plusieurs écueils. Le premier est lié au milieu dans lequel évolue généralement l'expert. « *Le danger de l'expert dont la science force le respect de tous* »⁹⁴⁸, mais dont la carrière est totalement vouée soit à l'enseignement, soit à des recherches de laboratoire est aussi à redouter. C'est donc là un paramètre dont il faut tenir compte dans l'évaluation du rapport d'expertise même s'il ne se vérifie pas toujours.

Le second écueil peut résider dans la solidarité professionnelle susceptible de créer selon les termes de M. René SAVATIER « *une confraternelle d'indulgence* »⁹⁴⁹. Il est vrai, observe cet auteur, que « *l'on ne saurait suspecter, et surtout méconnaître les exigences propres de la profession médicale dont il a le sentiment plus immédiat que le juge* ». Il arrive très souvent que certains médecins experts, en France comme au Liban, pourraient être tentés, par une attitude contraire à la déontologie, de protéger leur confrère sans qu'aucune autre considération que l'esprit de corps n'entre en jeu, ce qui constituerait le cas échéant un manquement grave à la probité et à l'honneur de la profession.

Parfois, la démarche peut être plus insidieuse : pris entre la confraternité professionnelle et le mandat de justice qui leur est confié, certains experts médicaux, pour essayer de ne heurter directement ni l'un ni l'autre, sont enclins à n'être que relativement sincères ; ils le sont

⁹⁴⁷ VOUIN R., *Le juge et son expert*, op. cit.

⁹⁴⁸ M. Hannequart, cité par Boussouf-Hamana Naziha, *Revue Sciences Humaines*, op. cit.

⁹⁴⁹ SAVATIER René, *Traité de responsabilité civile*, Dalloz, 2^{ème} édition, n° 778.

généralement dans leurs constatations, mais la conclusion de leur rapport couvre ensuite confraternellement le médecin défendeur par des appréciations bienveillantes de sa conduite. Ce compromis difficile entre la confraternité et la franchise peut risquer à la fois de tromper un juge insuffisamment averti et de mécontenter le confrère trop mal couvert au fond à son gré.

D'aucuns relèvent également l'attitude inverse résultant de l'esprit justicier qui anime parfois l'expert et qui le conduit à charger le praticien. Il est possible de citer à cet égard l'exemple du procès d'un guérisseur ou d'un confrère impliqué dans une affaire d'avortement ; l'expert consciemment ou non, sera mal disposé envers le médecin, et là encore le juge risque d'être trompé par son zèle.

Enfin, un troisième écueil peut résulter de ce que les constatations de l'expert sont rarement exemptes de tout élément d'opinion, de sorte qu'elles ne sont pas elles-mêmes à l'abri de toute contestation et partant, ne représentent pas forcément la vérité scientifique telle que le juge pourrait légitimement l'attendre de cet expert.

En conséquence, un encadrement juridique de l'expertise médicale devient une nécessité. En tout cas, l'expertise doit être encadrée par plusieurs normes juridiques d'ordre interne. Cet encadrement juridique est bien plus maintenu en France qu'au Liban où quelques dispositions dispersées concernent le domaine de l'expertise juridique en générale, d'où l'intérêt de discuter le modèle français afin d'aborder tous les aspects du thème.

Cet examen du cadre juridique de l'expertise médicale révèle d'entrée de jeu, une abondance des lois et règlements qui organisent cette procédure, ce qui peut se comprendre aisément, en contentieux de la responsabilité hospitalière. Dans ce contentieux, l'expertise médicale demeure incontestablement la mesure d'instruction la plus importante pour le juge d'une part, et les parties d'autre part. C'est donc à juste titre que le législateur se montre très intéressé. L'hétérogénéité des textes juridiques relatifs à l'expertise, s'explique du fait que cette mesure d'instruction concerne toutes les matières juridiques. Chaque droit dispose de ses mécanismes juridiques applicables à l'expertise médicale. Ce foisonnement et cette hétérogénéité n'empêchent pas dans la pratique, une interconnexion de certaines normes juridiques afférentes à l'expertise médicale.

Pour finir, l'ensemble de ces considérations posent ainsi la question du choix de l'expert, de la délimitation de l'objet de sa mission et surtout de la position du juge devant les résultats de l'expertise. En d'autres termes, les normes juridiques de l'expertise médicale (§1), et les principes généraux qui gouvernent le travail de l'expert médical (§2) seront successivement analysées.

§ 1. Les normes juridiques de l'expertise médicale, en matière judiciaire et administrative

Notre objectif essentiel n'est pas de procéder à l'inventaire de ces normes juridiques mais de les analyser en fonction de l'expertise médicale. Plusieurs textes juridiques régissent l'expertise dans le contentieux de la responsabilité médicale. Au seuil de notre propos, nous allons citer des textes qui régissent explicitement la procédure d'expertise médicale. Il sera question des textes législatifs et réglementaires français majeurs dans le cadre de l'expertise médicale.

Le premier, est la loi n° 71-498 du 29 juin 1971⁹⁵⁰ relative aux experts judiciaires. Cette loi que l'on va profondément et largement analyser, concerne l'ensemble des experts judiciaires y compris les médecins experts. Elle est la loi la plus ancienne encore en vigueur en matière d'expertise médicale. Elle fixe les grandes orientations relatives à l'inscription des médecins experts et à leur radiation. Elle pose, en filigrane, le principe de la liste unique d'experts judiciaires commune à toutes les matières. Elle met en exergue le rôle des magistrats pendant les différentes phases de la procédure. Les modalités d'application de cette loi sont posées par le décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires⁹⁵¹.

Les textes législatifs les plus récents en matière d'expertise médicale sont la loi du 4 mars 2002 dite loi Kouchner et la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002⁹⁵² relative à la responsabilité médicale. Contrairement à la loi du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, la loi du 4 mars 2002 ne concerne qu'une catégorie d'experts. Il s'agit des experts en accidents médicaux. Nous sommes en présence de deux lois de portée différente.

⁹⁵⁰ Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, JO du 20 juin 1971, p. 6300.

⁹⁵¹ Décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires, JO du 5 janvier 1975, p. 264.

⁹⁵² Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, JO du 31 décembre 2002, p. 22100.

D'abord, la loi du 4 mars 2002 crée, de toute évidence, une catégorie spéciale celle d'experts en accidents médicaux. Autrement exprimé, il existe déjà un corps d'experts judiciaires qui se distingue de la profession médicale de par sa fonction et de par son activité. Son rôle n'est ni de soigner les malades ni de procéder aux expérimentations scientifiques, mais plutôt d'apporter des éclaircissements techniques de nature médicale au juge, en vue, de la résolution du contentieux médical. À ce corps d'experts judiciaires s'ajoute, désormais, la catégorie d'experts en accidents médicaux.

Cette loi nouvelle n'abroge pas la loi ancienne, celle du 29 juin 1971. Elle se situe dans une relation de complémentarité. L'affirmation de cette complémentarité est faite par l'article L. 1142-11 du CSPF qui dispose que « *les médecins experts figurant sur une des listes instituées par l'article 2 de la loi du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires peuvent demander à être inscrits sur la liste nationale des experts en accidents médicaux s'ils justifient d'une qualification dont les modalités, comportant notamment une évaluation des connaissances et pratiques professionnelles, sont fixées par décret en Conseil d'État...* ». Il existe donc un lien solidement établi par le législateur entre, d'une part, la liste nationale des experts en accidents médicaux et, d'autre part, les listes des experts judiciaires instituées auprès des juridictions judiciaires. Ce lien solidement établi se prolonge jusqu'à la radiation, puisque la loi nouvelle précise que la radiation d'un expert d'une des listes instituées par l'article 2 de la loi du 29 juin 1971 précitée entraîne de plein droit sa radiation de la liste nationale des experts en accidents médicaux.

Ainsi, une des plus importantes innovations de la loi du 4 mars 2002 est de poser, de manière explicite, le problème de la formation des experts en accidents médicaux. Depuis l'ordonnance de Blois de 1579 en passant par l'ordonnance criminelle de 1670, jusqu'à la loi du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, aucun de ces textes ne prévoit de manière explicite ou ouverte la formation des médecins experts. Il a donc fallu attendre la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé pour que la formation des médecins experts devienne une exigence législative.

Dans ce contexte, Il incombe à la commission nationale des accidents médicaux, placée auprès des ministres chargés de la justice et de la santé, composée de professionnels de santé, de représentants des usagers et de personnes qualifiées d'assurer la formation de ces experts en matière de responsabilité médicale, dans des conditions définies par décret. C'est ce qui

ressort, en partie, de l'article L. 1142-10 du CSPF : « *Une commission nationale des accidents médicaux, placée auprès des ministres chargés de la justice et de la santé, composée de professionnels de santé, de représentants d'usagers et de personnes qualifiées et dont le président est désigné par le ministre de la justice et le ministre chargé de la santé, prononce l'inscription des experts sur une liste nationale des experts en accidents médicaux après avoir procédé à une évaluation de leurs connaissances. Elle est chargée d'assurer la formation de ces experts en matière de responsabilité médicale, dans des conditions définies par décret* ». Ce volet de l'article L. 1142-10 du CSPF doit être pris très au sérieux. Il témoigne de l'importance et de l'évolution croissante du secteur de l'expertise médicale dans le domaine du contentieux médical.

L'implication de l'expertise médicale dans la résolution du contentieux de la responsabilité médicale exige la participation d'acteurs bien formés. Il ne suffit plus d'avoir des connaissances scientifiques d'ordre médical mais il faut à cela, intégrer les valeurs et principes de droit qui constituent le fondement juridique d'un système juridictionnel quelconque. L'homme de l'art médical n'est plus cette femme ou cet homme qui vient avec ses connaissances médicales bien établies, mais celle ou celui qui s'ouvre et s'adapte le mieux aux réalités juridiques et médicales. Il ne lui est pas demandé de devenir ni juriste ni juge, mais simplement sensibilisé(e) aux réalités et normes juridiques propres à la résolution du contentieux de la responsabilité médicale.

Le but de cette évolution est de permettre une meilleure collaboration entre, d'une part, le juge qui est le spécialiste incontestable de la loi et d'autre part, l'homme de l'art médical qu'il désigne. Enfin, d'autres textes de loi concernent l'expertise médicale soit devant le juge judiciaire non répressif (A), soit devant le juge administratif (B). Nous les analyserons au fur et à mesure de nos développements.

A. L'expertise médicale devant le juge judiciaire non répressif

En France, le texte législatif de référence en matière d'expertise en contentieux de la responsabilité médicale est la loi du 29 juin 1971, relative aux experts judiciaires. Cette loi comporte sept articles qui nous intéressent particulièrement. L'article 1^{er} confère au juge judiciaire non répressif la liberté et non le pouvoir absolu de commettre, en qualité d'homme de l'art médical, toute personne de son choix. Il s'agit de liberté et non de pouvoir, parce que la loi pose des restrictions l'obligeant à ne pas commettre une certaine catégorie de personnes.

L'article 2 pose les conditions d'établissement des listes d'experts. Il existe, selon la loi, deux types de listes : une liste nationale élaborée par le bureau de la Cour de cassation et une liste régionale établie par chaque cour d'appel. Enfin, de l'article 3 à l'article 7, il est question des obligations de l'homme de l'art médical.

Contrairement à la loi du 29 juin 1971, le décret du 31 décembre 1974⁹⁵³, relatif aux experts judiciaires est plus restrictif et plus précis sur les conditions d'accès à la qualification d'expert judiciaire. Ce décret pose les conditions d'application de la loi du 29 juin 1971. L'expertise médicale n'est pas une profession mais une mesure procédurale, même si la fonction d'experts judiciaires ou d'experts en accidents médicaux tend en effet à se professionnaliser.

La mission d'expertise doit être beaucoup plus précise. L'efficacité de l'exécution des opérations d'expertise en dépend. Plus la mission d'expertise est précise, plus l'homme de l'art médical gagne du temps et est plus à même de respecter les délais qui lui sont impartis par les juges. Il est nécessaire de mettre fin à des dérives souvent décriées par les praticiens eux-mêmes et par les théoriciens. Ces dérives consistent à confier à l'homme de l'art médical, qui, au demeurant, n'est pas qualifié pour ce type de mission, l'examen implicite ou explicite de certains points juridiques. De leur côté, les juges gagent en éclaircissement puisqu'ils précisent leurs véritables attentes, dès l'entrée dans la procédure d'expertise médicale.

Afin de compléter le dispositif juridique déjà dévoilé, le décret du 30 mars 1992⁹⁵⁴ constitue un texte fondamental. Ce texte nous concerne directement. Il régit le dossier médical, sa constitution dans les établissements de santé publics ou privés. Il énumère les documents et éléments qui composent le dossier médical. En outre, il régit la communication du dossier médical, en précise les conditions à cet effet. Or, dans les développements ultérieurs, l'on sera amené à étudier les rapports entre d'une part l'homme de l'art médical et d'autre part le médecin traitant hospitalier ou non hospitalier.

L'expertise en matière civile, administrative et pénale n'est pas obligatoire mais facultative. Il appartient au juge, en fonction de la nécessité, d'obtenir les lumières de

⁹⁵³ Décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires, op. cit.

⁹⁵⁴ Décret n° 92-329 du 30 mars 1992 relatif au dossier médical et à l'information des personnes accueillies dans les établissements de santé, JO du 1^{er} avril 1992, n° 78, p. 4607.

l'homme de l'art médical, de faire appel à ses services. Pour des faits peu complexes, il fait procéder à des simples constatations par un quelconque technicien. À ce propos, la circulaire 84/15 du 15 janvier 1985, du Garde des sceaux, relative à l'expertise civile, précise que « *l'expertise judiciaire est une phase souvent déterminante de l'élaboration d'une décision de justice. Toutefois, le recours à l'expertise ne doit pas être une règle absolue* ». D'ailleurs, l'article 263 du Code de procédure civile français pose une restriction en la matière : « l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge ». C'est le caractère subsidiaire de l'expertise qui se trouve mis en relief ; quant à l'article 265, il dispose que : « *la décision qui ordonne l'expertise expose les circonstances qui rendent nécessaire l'expertise et, s'il y a lieu, la nomination de plusieurs experts ; nomme l'expert ou les experts ; Enonce les chefs de la mission de l'expert ; impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis* »⁹⁵⁵.

Enfin, en matière civile, le juge du fond bénéficie d'une souveraineté quant à la délimitation de la mission d'expertise. Il est nécessaire de rappeler que la décision d'expertise peut être attaquée par voie d'appel.

Après avoir abordé les dispositions législatives et réglementaires les plus importantes de l'expertise médicale en matière civile, comme une entrée obligatoire pour bien comprendre tous les aspects de l'expertise médicale, il est temps de faire du contentieux administratif médical le cadre de discussion de l'expertise médicale.

B. L'expertise médicale devant le juge administratif

La fixation du cadre juridique de l'expertise médicale en matière administrative appelle deux remarques essentielles :

La première est que, contrairement à la Cour de Cassation qui, en principe, ne peut commettre une expertise médicale, le Conseil d'État en France comme au Liban, pour sa part, peut parfaitement commettre une expertise médicale. La raison fondamentale est que l'expertise médicale est une mesure d'instruction destinée à élucider les faits soumis au juge. Or, la Cour de cassation juge le droit et non les faits. Par ailleurs, il nous semble utile de rappeler que dans certains domaines, le Conseil d'État peut être saisi en premier et dernier ressort, ce qui n'est pas le cas, dans l'ordre judiciaire. Autrement dit, le Conseil d'État est à la

⁹⁵⁵ Art. 265 du nouveau Code de procédure civile.

fois juge des faits et du droit. C'est une des ambitions gourmandes du Conseil d'État français tandis que, pour son homologue libanais la question est par défaut.

La deuxième remarque, qui nous semble capitale, est qu'en matière administrative la nécessité de recourir à l'expertise peut s'avérer nécessaire dans trois domaines procéduraux : le constat d'urgence, le référé d'urgence et l'instruction normale.

En ce qui concerne le constat d'urgence, l'article R. 531-1 du Code de la justice administrative français dispose que « *s'il n'est rien demandé de plus que la constatation de faits, le juge des référés peut, sur simple requête qui peut être présentée sans ministère d'avocat et même en l'absence d'une décision administrative préalable, désigner un expert pour constater sans délai les faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction. Avis en est donné immédiatement aux défendeurs éventuels* ». D'ailleurs, l'article R. 532-1 du même Code ajoute que « *le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction* ». Afin de respecter le principe du contradictoire et lorsque le président fait le constat d'urgence, il prend son ordonnance qui sera notifiée par le greffier au défendeur éventuel. Comme on peut aisément le constater, en constat d'urgence, tous les pouvoirs appartiennent au président, qu'il s'agisse du pouvoir de désigner un expert, de sa prestation de serment ou de la délimitation et de la nature de sa mission.

En droit français, le constat d'urgence en matière administrative rejoint à bien des égards les constatations définies par les articles 249 et 145 du nouveau Code de procédure civile français. L'article 249 dispose que « *le juge peut charger la personne qu'il commet de procéder à des constatations. Le constat ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter* ». L'article 145 du même Code précise que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». La similitude entre le constat d'urgence en matière administrative et les constatations en matière civile est que ces deux mesures procédurales permettent d'éviter le dépérissement des preuves dans le futur. Cependant, une différence fondamentale existe entre ces deux mesures. Dans le constat d'urgence, le juge administratif, en l'occurrence le président du tribunal administratif, fait

recours à un expert, tandis qu'en matière civile, il s'agit d'un technicien qui peut ou ne pas être un expert. Enfin, dans les deux cas, les conclusions ne s'imposent pas aux juges.

La seconde procédure d'urgence en matière administrative pouvant amener le juge à recourir à l'expertise en général et à l'expertise médicale en particulier est celle du référé d'instruction. Ce sont les articles R. 532-1 et suivants du Code de la justice administrative français qui la régissent. C'est le magistrat chargé de l'expertise qui possède tous les pouvoirs sur cette mesure d'instruction. Il désigne et contrôle l'exécution des opérations expertales. Il est le seul maître de la procédure.

Après avoir posé les bases juridiques de l'expertise dans ces deux procédures d'urgence, il convient de se consacrer à l'impérieux devoir de définir le cadre juridique de l'expertise médicale en matière administrative, quant à l'examen du contentieux au fond.

C'est dans le chapitre premier (l'expertise) du titre II (les différents moyens d'investigation) du Code de la justice administrative que se trouvent les règles juridiques qui réglementent la procédure d'expertise dans le contentieux de la responsabilité médicale en matière administrative. À ce propos, l'article R. 621-1 dispose que « *la juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision* ». Cet article pose les jalons juridiques de la commission de l'expertise médicale. Contrairement à la procédure de référé et au constat d'urgence en matière administrative, ce n'est pas le président du tribunal administratif ou celui de la cour administrative d'appel seul qui peut décider de la commission d'une expertise médicale mais le tribunal ou la cour. Si pour le référé ou le constat d'urgence les éventuelles parties au contentieux interviennent a posteriori, autrement dit, s'il appartient exclusivement au président de décider d'une expertise médicale en référé ou en constat d'urgence, dans le cadre d'une instruction après l'éclatement réel du contentieux, le juge administratif n'a pas la priorité exclusive de solliciter une expertise médicale. Les parties peuvent également solliciter une expertise médicale. Elles peuvent agir a priori. Le juge administratif est l'un des maillons de la procédure au même titre que les parties au contentieux.

Dans ce contexte, les parties conservent le droit de demander au juge qu'il soit procédé à l'expertise médicale. Une remarque s'impose : le juge administratif français n'a pas les

mêmes pouvoirs en matière d'expertise selon qu'il s'agisse du référé, du constat d'urgence ou de l'instruction de la question de fond, d'autant plus que, pour le dernier cas, le juge administratif, en cas de refus, est tenu de fournir les raisons de son refus aux parties ayant sollicité l'expertise. Sa décision de refus doit être motivée, alors qu'en référé, il décide de manière souveraine de la nécessité de recourir à une telle mesure.

De son côté, l'article R. 621-2, porte sur le nombre et la désignation des experts. Il dispose qu' « *il n'est commis qu'un seul expert à moins que la juridiction n'estime nécessaire d'en désigner plusieurs. Le président du tribunal administratif ou de la cour d'appel, selon le cas, ou, au Conseil d'État, le président de la section du contentieux choisit les experts et fixe le délai dans lequel ils seront tenus de déposer leur rapport au greffe* ». Au-delà de la désignation des experts, qui relève de la compétence du tribunal, cet article régleme la question du délai. En plus du pouvoir du président dans le choix de l'expert ou des experts, il détient également un pouvoir de participation ou non à l'expertise d'un sapiteur. Le fait, pour l'expert, de solliciter l'aide d'un sapiteur n'est pas suffisant pour l'avoir.

Cet encadrement juridique de l'expertise médicale est soumis non seulement aux textes législatifs et réglementaires mais aussi aux principes généraux du droit, source principale du droit administratif prétorien en général et du droit de la responsabilité administrative en particulier.

§ 2. Les principes généraux du droit applicables à l'expertise médicale

Trois principes importants l'égalité, le contradictoire et l'impartialité gouvernent le travail du contentieux administratif.

Premièrement, la réalisation de ces principes majeurs dans n'importe quel système juridique nécessite des supports rationnels et objectifs. Parmi ces supports, il y a incontestablement l'expertise en général et l'expertise médicale en particulier, pour ce qui est du contentieux médical. Pour ne pas juger dans l'ignorance des faits réels de la cause, le juge fait nécessairement recours à une expertise médicale. L'égalité des parties au procès en dépend (A).

Deuxièmement, l'expertise médicale entretient des liens étroits avec le principe du contradictoire. Elle apporte au procès en responsabilité médicale les éléments rationnels qui

constituent la base du contradictoire. Dans ce sens, le principe du contradictoire a une double finalité l'une objective, vise à promouvoir la bonne administration de la justice, l'autre subjective, vise à assurer le respect des droits de la défense. Dans le contentieux de la responsabilité médicale, chaque élément fourni par l'expertise et pouvant avoir une influence déterminante sur la décision définitive doit être communiqué à la partie adverse et discuté par l'ensemble des protagonistes en cause dans ce contentieux (B).

Troisièmement, les principes d'impartialité et d'indépendance sont étroitement liés au procès devant le juge administratif. Le principe d'impartialité constitue le fondement du procès devant le juge administratif (C). Il est garant de l'effectivité du principe d'impartialité dans le procès en contentieux de la responsabilité médicale.

A. L'application du principe d'égalité devant la juridiction administrative par le biais de l'expertise médicale

La contribution de l'expertise médicale au principe d'égalité est très manifeste dans le cadre de l'instruction. Dans un arrêt du Conseil d'État le 16 octobre 1987⁹⁵⁶, le juge administratif a agi dans ce sens afin de préserver l'égalité des chances entre tous les protagonistes. L'expertise médicale procure aux parties les armes nécessaires afin de lutter à égalité devant le juge. Ainsi, il résulte de l'instruction, et notamment des deux expertises, qu'« aucune faute lourde ne saurait être relevée à l'encontre des deux praticiens en ce qui concerne les décisions prises en vue du traitement ». Cela n'apparaît malheureusement pas toujours dans les décisions ; encore trop souvent, il se contente de reconnaître ou de rejeter les preuves sans explications ; pourtant de plus en plus, il ne se contente pas d'affirmer : il reprend et démontre. Sans doute est-il plus facile de prouver matériellement l'existence d'un préjudice direct.

Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, le Conseil d'État se réfère parfois aux travaux d'experts ou à des enquêtes. Dans l'arrêt du Conseil d'État du 11 janvier 1991, « *soucieux d'exactitude le magistrat chargé du dossier pria l'expert de préciser encore l'état de santé du requérant par l'exposé et le commentaire des tests d'évolutivité de l'infection V.I.H. qui mesurent la progression de la maladie, notamment par la numération des populations lymphocytaires...* »⁹⁵⁷. L'idée est que l'expertise médicale est un élément d'égalité dans le

⁹⁵⁶ CE, 16 octobre 1987, *Mlle Annick Richard*, AJDA, 20 avril 1988, p. 300.

⁹⁵⁷ CE, 11 janvier 1991, AJDA, 20 janvier 1992, p. 85.

règlement juridictionnel du contentieux médical. L'intervention de l'expertise médicale dans ce contexte peut se faire dès la phase d'instruction, ensuite au cours de celle du jugement et enfin pendant celle de l'indemnisation. C'est ce que nous allons analyser dans les développements qui suivent.

En fourbissant les éléments scientifiques au juge administratif d'une part et, aux parties en cause d'autre part, l'expertise médicale prépare le débat contradictoire à armes égales. Elle est la garantie du respect des droits de la défense en contentieux de la responsabilité médicale devant le juge administratif. C'est elle qui apporte les preuves scientifiques qui sont au centre de la confrontation juridique entre les différents protagonistes.

Le Conseil d'État attache une grande importance au respect des droits de la défense. C'est ce qui ressort des conclusions du commissaire du gouvernement CORNEILLE, sur l'affaire *TERY*⁹⁵⁸. L'arrêt *Tery* constitue une étape importante dans le développement de la protection des droits de l'individu par le Conseil d'État français, en consacrant les droits de la défense devant les juridictions administratives et en énonçant certaines des règles de fonctionnement et de procédure qui doivent être respectées par ces juridictions. Les motifs et la nature de ces droits et de ces règles ont été remarquablement définis par les conclusions du commissaire du gouvernement CORNEILLE⁹⁵⁹.

Les droits de la défense supposent : que tous les membres du tribunal professionnel aient assisté à toute la séance ou toutes les séances de l'affaire en cause, afin qu'aucun d'eux ne se forme une impression incomplète de l'ensemble des débats ; que la décision contienne les noms de tous ceux avec le concours desquelles elle a été rendue, car la défense a le droit de connaître la composition du tribunal pour en contester, le cas échéant, la régularité ; que l'ordre logique des phases de la procédure ait été respecté. Ce qui est essentiel, c'est qu'en contentieux de la responsabilité médicale, l'exécution de toutes les exigences de la procédure commande que soit accomplie l'expertise médicale. Elle est une phase fondamentale. La construction d'une défense se fait et se forge par un effort conjugué de tous les protagonistes en cause.

⁹⁵⁸ Conclusion du Corneille sur CE, 20 juin 1913, *Tery*, Sirey, 1920, p. 13.

⁹⁵⁹ Observations sous CE, 20 juin 1913, affaire *Tery*, n° 28, GAJA, Dalloz, 15^{ème} éd., p. 161.

L'application du principe d'égalité devant la justice au cours de l'expertise médicale est mise en exergue dans l'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 1992⁹⁶⁰. Cet arrêt a déjà été cité dans nos précédents développements. Cette référence a, entre autres, pour but de rappeler que le juge administratif, dans le cas où se poserait une ou plusieurs questions techniques, fait le choix de l'objectivité, de l'impartialité et du respect du principe d'égalité devant la justice, en permettant aux parties d'être en possession des informations nécessaires et utiles à leur défense.

L'apport du principe d'égalité devant la justice à travers l'expertise médicale se manifeste également, au moment de l'indemnisation de la victime. Il est toujours souhaitable pour le juge administratif d'indemniser sur la base des éléments objectifs. Tel est le cas, dans le jugement du Conseil d'État du 11 janvier 1991 : « *considérant qu'en l'absence de toute demande d'allocation provisionnelle, il y a lieu de rouvrir l'instruction à l'effet de prescrire une expertise médicale aux fins définies dans les dispositifs du présent jugement* ».

Dans ce contexte, l'expertise médicale est utile. Cette utilité tient au fait qu'elle permet au juge administratif de mettre au même pied d'égalité les parties au contentieux, chacune étant en possession des éléments produits par l'autre et inversement. L'apport de l'expertise médicale, dans la résolution du contentieux de la responsabilité médicale, ne se limite pas à permettre l'application du principe d'égalité dans la résolution de ce contentieux. En effet, l'expertise médicale offre également aux parties en cause et au juge les moyens et arguments nécessaires au respect du principe du contradictoire dans le procès en responsabilité médicale. Cette relation rentre dans le cadre général de la bonne administration de la justice. Elle mérite une analyse approfondie.

B. L'expertise médicale et le principe du contradictoire, en matière administrative

Du latin *contradictorius*, la notion du contradictoire peut être entendue comme une confrontation positive entre deux ou plusieurs protagonistes au contentieux, sur la base des prétentions divergentes. C'est la confrontation des contradictions. Elle est une garantie de rationalité de la décision de justice. Elle signifie dire le contraire de ce qui est affirmé par la partie adverse. Il s'agit de condamner et de déduire l'argumentation de la partie adverse. La notion du contradictoire renvoie à la négation de l'argument adverse. Il s'agit de la négation et

⁹⁶⁰ CE, 10 avril 1992, *Époux V.*, op. cit.

non de la négation de la négation. Autrement dit, l'objectif visé par la notion du contradictoire est d'éviter des manœuvres dilatoires et de permettre une construction argumentaire rationnelle. Car deux propositions contradictoires ne peuvent être ni vraies ni fausses à la fois, l'une est nécessairement vraie, l'autre nécessairement fausse.

Il est question à travers la notion du contradictoire de faire la part des choses. Le respect du contradictoire suppose l'indépendance de la magistrature et l'immunité de la défense c'est-à-dire fournir les garanties suprêmes de tous les droits et de toutes les libertés en matière civile comme en matière administrative.

L'expertise dans le contentieux de la responsabilité médicale en matière administrative est un élément fondamental du respect du principe du contradictoire, mais également est un élément assujéti au principe du contradictoire. Autrement exprimé, avant de jouer pleinement son rôle d'élément du contradictoire, l'expertise médicale doit, en principe, se dérouler dans le respect des règles de la contradiction. Dans ce sens, elle est une mesure procédurale ouverte à la contradiction. Le principe du contradictoire s'applique de l'intérieur à l'expertise médicale. Sa régularité en dépend. Cependant, dans certains cas, le non-respect du principe du contradictoire n'entraîne pas forcément l'annulation de la décision de justice. Ces cas sont exceptionnels car en règle générale l'expertise médicale se déroule dans le respect du principe du contradictoire.

En France, l'instruction du contentieux de la responsabilité médicale administrative est soumise aux articles R. 611-9 du Code de la justice administrative pour ce qui est de la procédure devant les tribunaux administratifs, et R. 611-10 pour la procédure devant la cour administrative d'appel. Ces dispositions juridiques imposent le respect du contradictoire au cours de l'instruction. Pour sa part, l'article R. 621-7 dispose que « *les parties doivent être averties par le ou les experts des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise ; cet avis leur est adressé quatre jours au moins à l'avance, par lettre recommandée...* ». Le but est de permettre aux parties de s'impliquer activement dans l'expertise à travers la contradiction.

Le principe du contradictoire occupe une place de choix au sein de l'expertise médicale en matière administrative. Il est une exigence nécessaire et utile qui s'impose, d'une part, à l'homme de l'art médical et, d'autre part, au juge. Les parties au contentieux de la

responsabilité médicale ont le droit de participer de manière active au déroulement des opérations expertales. Pour ce faire, l'homme de l'art doit les informer des lieux, jours et heures des opérations auxquelles elles pourront assister, avec droit de présenter leurs observations. Les parties ne doivent subir aucune pression de nature à paralyser leur droit d'objecter ou d'acquiescer. Elles doivent agir en toute liberté. Elles doivent pouvoir discuter chaque élément apporté par la partie adverse pendant le déroulement de l'expertise médicale.

Le respect des droits de la défense en contentieux de la responsabilité médicale passe indubitablement par le respect du principe du contradictoire pendant l'expertise médicale. Dans ce domaine, l'expertise médicale est souvent l'unique pièce maîtresse et déterminante pour l'engagement de la responsabilité médicale. C'est pourquoi le juge administratif doit veiller à ce que l'expertise médicale se déroule dans le respect du principe du contradictoire. Il doit jouer son rôle de contrôle du déroulement des opérations d'expertise médicale.

En effet, l'attachement du juge administratif au respect du principe du contradictoire pendant l'exécution de l'expertise médicale par le médecin expert est clairement souligné par la décision du Conseil d'État rendue dès le 1^{er} avril 1869⁹⁶¹. En voici les faits : le Sieur Berneau, entrepreneur de travaux de construction du palais de justice de Cahors a demandé l'annulation de la décision du 12 juin 1866 par laquelle le Conseil de préfecture du Lot a rejeté la réclamation formée par le requérant contre le décompte général de son entreprise, par une fin de non recevoir tirée de ce que cette réclamation n'aurait pas été présentée dans les délais fixés par l'article 52 du cahier des charges. Une expertise a été prescrite à l'effet de rechercher et de préciser les erreurs matérielles qui pourraient être constatées dans le décompte général. À ce propos, voici le considérant de cet arrêt qui attire l'attention : « *Vu les observations de notre ministre de l'intérieur ; Vu le mémoire en réplique, par lequel le Sieur Berneau déclare persister dans ses précédentes conclusions, et conclut subsidiairement, à ce qu'il nous plaise ordonner qu'il sera procédé à une expertise contradictoire, ayant pour but de vérifier ses réclamations contre le décompte dressé par l'administration ; et, en tant que besoin, le montant des travaux qui auraient été ; à tort, distraits de l'entreprise, contrairement aux cahier des charges* ». Le juge administratif parle dans cette affaire non pas seulement d'une expertise, mais d'une expertise contradictoire. La nécessité d'une expertise

⁹⁶¹ CE, 1^{er} avril 1869, *Sieur Berneau*, Rec. CE, 1869, p. 288.

contradictoire est un besoin réel, qui ressort autant des propos du Sieur Berneau que de ceux du ministre de l'intérieur.

Cet arrêt pose pour la première fois les jalons jurisprudentiels de l'exigence par le juge administratif de l'expertise contradictoire. Le fait d'invoquer dans les motifs de son arrêt le respect de l'application du principe du contradictoire exprime son grand intérêt pour ce principe.

Le juge administratif peut aussi annuler un jugement fondé sur les résultats d'une expertise non contradictoire et, comme tel, entaché d'un vice de procédure. C'est ce qui ressort de l'arrêt du Conseil d'État du 4 décembre 1985⁹⁶². Dans cette affaire le Conseil d'État décide que « *M. WURMSER, qui n'a pas été mis en mesure de présenter ses observations sur l'étendue de la mission confiée à M. Lorentz, (médecin expert), n'a pas participé aux opérations d'expertise ; que les résultats d'une expertise dépourvue de caractère contradictoire doit être annulée* ».

Pour le Conseil d'État, il faut que l'expertise soit l'élément déterminant sur lequel le juge fonde sa décision pour que la non-application du principe du contradictoire à l'expertise soit une cause d'annulation. Cette exigence du caractère contradictoire de l'expertise dans le contentieux de la responsabilité médicale est également affirmée par le Conseil d'État le 9 juillet 1997⁹⁶³. Le Conseil d'État français a cassé l'arrêt de la cour administrative d'appel qui a fondé sa décision sur une expertise ayant méconnu le caractère du contradictoire de la procédure. Pour le Conseil d'État, cette irrégularité entache en l'espèce l'ensemble des dispositions de l'arrêt et, par conséquent, renvoie l'affaire devant une autre cour d'appel.

Dans l'affaire *Da Silva* jugée par la cour administrative d'appel de Lyon réunie en formation plénière le 27 décembre 2000⁹⁶⁴, il ressort que le caractère contradictoire de la procédure suppose la communication des mémoires et pièces du dossier. En l'espèce, M. Da Silva avait présenté devant le tribunal administratif de Grenoble une demande qui avait donné lieu à une instruction, la solution du problème n'étant pas certaine. Au vu des éléments produits en défense par l'administration, et relatifs à la notification de la décision attaquée,

⁹⁶² CE, 04 décembre 1985, *Wurmser*, RDP, 1986, p. 1181.

⁹⁶³ CE, 09 juillet 1997, *Hollay*, Rec. CE, 1997, p. 1038.

⁹⁶⁴ CAA Lyon, 27 décembre 2000, *M. Da Silva*, AJDA, 2001, p. 301.

cette demande s'était révélée tardive et donc entachée d'une irrecevabilité insusceptible d'être couverte en cours d'instance. Saisi par M. Da Silva, la cour administrative d'appel de Lyon a jugé, en formation plénière, que dans une telle hypothèse un rejet par ordonnance ne pouvait intervenir sans que le juge ait mis préalablement le requérant en mesure de présenter ses observations, en lui communiquant le mémoire et pièces produits en défense, et en lui faisant connaître le délai dont il disposait pour y répondre.

Enfin, le Conseil d'État français dans son arrêt du 2 décembre 1970⁹⁶⁵ a admis que les parties au contentieux de la responsabilité médicale puissent se faire représenter par leur médecin traitant au cours des examens médicaux devant l'homme de l'art médical. Cette présence ne nuit pas à la dignité de la partie examinée par l'homme de l'art médical, étant entendu que l'homme de l'art médical a à faire à son confrère et non simplement à un avocat. Pourtant cette position a été modifiée par la haute assemblée administrative elle-même, qui a affirmé qu'une personne n'a pas à être obligatoirement accompagnée par son médecin traitant pour être examinée par l'expert. C'est ce qui ressort aussi de l'arrêt du Conseil d'État du 28 janvier 1983⁹⁶⁶.

Cette expertise médicale, égale et contradictoire, est atteinte par son efficacité, et même peut aller jusqu'à sa nullité, si un troisième principe n'est pas pris en compte, celui de l'impartialité de l'expertise médicale.

C. L'expertise impartiale devant le juge administratif

Tout d'abord, en matière administrative, le principe d'impartialité suppose le respect d'une succession de phases juridiques essentielles :

Premièrement, les juridictions administratives doivent être composées par des magistrats indépendants et impartiaux ayant qualité pour siéger. Ils ne peuvent siéger que si le quorum est atteint. C'est ce qui ressort de l'arrêt du Conseil d'État du 16 décembre 1995⁹⁶⁷.

Deuxièmement, les noms des magistrats ayant siégé doivent être mentionnés dans le jugement rendu. Dans ce sens, on citera l'arrêt du Conseil d'État du 23 janvier 1948⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ CE, 02 décembre 1970, *Mme Bechu*, Rec. CE, 1970, Tables, p. 1151.

⁹⁶⁶ CE, 28 janvier 1983, *Chaouat*, RDSS, 1985, p. 482.

⁹⁶⁷ CE, ass., 16 décembre 1995, *Dame Bourokba*, Rec. CE, 1995, p. 590 ; voir aussi dans le même sens : CE, sect., 21 mars 1947, *Drouard*, Rec. CE, 1947, p. 119.

⁹⁶⁸ CE, 23 janvier 1948, *Bech*, Rec. CE, 1948, p. 33.

Troisièmement, le juge qui produit les conclusions devant la juridiction concernée en qualité de commissaire du gouvernement ne doit pas siéger au sein de la formation délibérante dans la même affaire. Dans ce sens, citons la décision du Conseil d'État, Société française des mines de Sentein du 21 octobre 1966.

Quatrièmement, l'auteur d'une décision ou le membre d'un organe collégial ayant pris une décision ne peut siéger dans la formation de jugement statuant sur un recours dirigé contre cette décision.

Cinquièmement, dans le cas précis du contentieux de la responsabilité médicale, l'homme de l'art médical qui apporte sa contribution doit être impartial et indépendant.

Dans le cadre de la résolution du contentieux de la responsabilité médicale en matière administrative, l'expertise médicale doit être un élément d'impartialité. Elle a pour seul but de permettre une instruction objective, indépendante et éclairée. L'introduction de l'expertise médicale en matière administrative suppose que le juge investi de la fonction de juger fait place à la raison scientifique objective. Á chaque fois que se pose une question à l'occasion d'une atteinte à l'intégrité physique, l'expertise médicale joue un rôle utile et majeur qui consiste à démystifier les circonstances factuelles du contentieux.

Tout le droit, en France comme au Liban, est fondé sur le respect de ce principe fondamental. L'on fait allusion aux systèmes de justice des pays en voie de développement et émergents, dont le Liban. Le respect du principe d'impartialité dans la résolution du contentieux de la responsabilité médicale conduit à l'analyse du respect du principe du droit à un procès équitable. Chaque citoyen a droit à un procès équitable. L'expertise médicale est incontestablement un élément permettant à chaque partie en cause dans le contentieux médical d'avoir droit à un procès équitable.

Dans ce contexte, le rôle du juge est déterminant. L'analyse concrète de cette relation entre le principe du droit à un procès équitable et l'expertise médicale dans la résolution du contentieux de la responsabilité médicale s'impose de toute évidence. D'où l'intérêt de discuter au fond les pratiques matérielles de l'expertise médicale ainsi que sa place dans le travail des compagnies d'assurances.

Section 2. Les aspects pratiques de l'expertise médicale

L'expertise qu'ordonne le juge administratif, statuant avant dire droit sur une action en responsabilité hospitalière ou celle que prononce le juge des référés, obéit à un régime proche de celui qui caractérise l'expertise judiciaire. Il en va ainsi, pour la nature de l'objet de l'expertise médicale, en matière administrative et judiciaire, pour les caractères de l'expertise médicale et pour le déroulement de l'expertise.

Pour s'en convaincre, l'étude des caractères et de la nature de l'objet de la mission d'expertise médicale en matière administrative est indispensable. Dans le paragraphe 1, on en analysera les caractères et l'objet de l'expertise médicale en matière administrative et dans le paragraphe 2, l'apport de l'expertise médicale dans sa relation avec les évolutions du système de l'assurance médicale sera examiné.

§ 1. Les caractères et l'objet de l'expertise en matière administrative

Préalablement à l'étude de l'objet de la mission d'expertise en responsabilité hospitalière, il convient de préciser les caractères de cette expertise. Elle revêt deux caractères : le premier est son caractère incident ; le second est son caractère facultatif.

Par caractère incident de l'expertise dans le contentieux de la responsabilité médicale, l'on entend le fait que la demande d'expertise médicale n'est pas une demande principale. L'expertise médicale est une demande formelle qui se greffe sur une demande de fond. Elle vise à résoudre une question de forme liée à une question de fond ou à une question principale. L'expertise médicale n'est pas le contentieux médical mais un éclairage de sa résolution. Elle suit le fond. Elle se situe dans le cadre de l'*accescerium sequitur principale* : l'accessoire suit le principal. Sans contentieux médical, il ne peut y avoir d'expertise médicale. Cependant, dans la plupart des cas, la résolution du contentieux médical par le juge dépend de l'apport expertal. Le caractère incident de l'expertise médicale est commun à toutes les matières civile, pénale et administrative.

Par le caractère facultatif de l'expertise médicale, l'on entend le fait que l'expertise ne s'impose pas au juge. Ceci est vrai tant en amont qu'en aval de l'expertise. Le juge est libre de commettre ou non une expertise médicale, de même, qu'il est libre d'en suivre les conclusions. Comme en matières civile et pénale, le juge administratif n'est pas tenu de commettre une expertise médicale. Aucune disposition ni principe juridique ne lui fait

obligation de commettre une expertise médicale. Il lui appartient d'apprécier souverainement l'utilité de cette procédure.

En la matière, nous avons pu constater un manque législatif et réglementaire concernant l'objet de l'acte expertal. Pour cette raison, Il s'intéresser à la jurisprudence administrative.

A. L'objet de la mission d'expertise médicale en matière administrative

L'objet de la mission d'expertise médicale en matière administrative est quasi exclusivement de nature technique. En principe, l'expertise médicale ne doit porter que sur les faits du contentieux nécessitant les éclaircissements d'un homme de l'art médical. L'objet de l'expertise médicale devant le juge administratif n'est pas d'obtenir une appréciation sur la capacité ou la qualification du chirurgien, du médecin ou de l'infirmière, mais sur les conditions qui ont présidé à l'établissement du diagnostic, au choix de la thérapeutique et à la réalisation de l'intervention.

L'expertise médicale doit avoir pour objectif de mettre en évidence des informations techniques nécessaires au juge administratif. Par exemple, l'homme de l'art médical doit, en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle, préciser au juge quel est le type d'atteinte à l'intégrité corporelle. Il doit dire s'il s'agit uniquement d'une atteinte physique ou morale ou encore d'une atteinte physique et morale. Il doit rechercher aussi la cause exacte de cette atteinte et si possible en déterminer le lien de causalité médicale. En effet, par atteinte à l'intégrité corporelle on entend « *l'atteinte portée à tout élément de la personnalité. L'atteinte à l'intégrité corporelle peut produire des conséquences sur les deux plans bien distincts, du préjudice matériel et du préjudice moral. D'une part, elle peut être à l'origine non seulement de frais divers, mais aussi d'une incapacité de travail se traduisant par une diminution des ressources ; d'autre part, elle peut entraîner la réalisation de préjudices moraux divers, qui pourront être réparés par une indemnité spéciale, mais qui le seront en tout cas pour eux-mêmes abstraction faite des conséquences pécuniaires du fait dommageable* »⁹⁶⁹.

⁹⁶⁹ CHAPUS René, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Thèse pour le doctorat, soutenue devant la faculté de droit de Paris, le 2 juillet 1952, LGDJ, Paris 1953, p. 415.

À la base de cette distinction et des conséquences qui peuvent en découler, se trouve en partie l'expertise médicale. Pour mieux spécifier la nature de l'objet de la mission d'expertise médicale, l'analyse de la jurisprudence administrative devient très nécessaire.

I. L'analyse de la jurisprudence administrative

Dans l'arrêt du Conseil d'État du 6 novembre 1968⁹⁷⁰, le juge administratif a confié à l'homme de l'art médical une mission exclusivement technique. L'expertise sollicitée a pour objet de se prononcer sur la question de savoir si les infirmités dont est victime un jeune enfant sont les conséquences de la rubéole contractée en service par sa mère au cours de sa grossesse. Le juge administratif a également demandé à l'homme de l'art médical de procéder à l'évaluation du dommage subi par cet enfant et par sa mère. Dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du gouvernement Louis BERTRAND⁹⁷¹ donne des précisions sur la nature exacte de la mission d'expertise médicale devant le juge administratif. Il détaille les attentes du juge par rapport à l'expertise médicale.

La nature technique et scientifique de l'objet de la mission d'expertise en responsabilité hospitalière se trouve clairement mise en évidence dans l'arrêt Commune de Bourg-Saint-Maurice⁹⁷². Dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du gouvernement Jean-Claude BONICHOT fait la part des choses entre le rôle de l'homme de l'art médical d'une part, et celui du juge d'autre part⁹⁷³. Dans l'arrêt *COHEN* du Conseil d'État, la délimitation entre la mission de l'homme de l'art médical et celle du juge administratif est établie de manière non équivoque⁹⁷⁴. En précisant la nature de l'objet de la mission d'expertise médicale, le juge administratif détermine jusqu'où l'homme de l'art médical peut intervenir dans la procédure expertale. Justement, son intervention est de dire si l'infection méningée d'une lésion de la moelle dorsale, dont M. Cohen est victime, a pour cause l'introduction accidentelle dans l'organisme d'un germe microbien lors de la sacco-radiculographie qu'il a subi. Cette question sur laquelle l'homme de l'art médical est appelé à se prononcer est exclusivement technique et scientifique.

⁹⁷⁰ CE, 06 novembre 1968, *Dame S.*, RDP, 1969, p. 506.

⁹⁷¹ Conclusions sur CE, 6 novembre 1968, op. cit.

⁹⁷² CE, 12 décembre 1986, *M. Marcello Rebora / Commune de Bourg-Saint-Maurice*, AJDA, 20 mai 1987, p. 354.

⁹⁷³ Conclusions du commissaire du gouvernement sur CE, sect. 12 décembre 1986, op. cit.

⁹⁷⁴ CE, 09 décembre 1988, *M. Henri Cohen*, AJDA, 20 juin 1989, p. 405.

Dans ses observations sur cette affaire, Professeur Jacques MOREAU⁹⁷⁵ reconnaît que l'expertise est un support technique essentiel pour le juge administratif. Ce support a permis au juge d'écarter la responsabilité pour faute lourde de l'établissement public de santé. L'objet de la mission d'expertise médicale doit, en principe, être de nature technique et scientifique. Dans le contentieux de la responsabilité médicale, seul le juge administratif a le droit et le devoir de décider de tous les aspects d'ordre juridique du contentieux médical.

Dans l'arrêt Gomez⁹⁷⁶, le rôle de l'expertise médicale en tant qu'un des moyens de faire la preuve est déterminant : « *Deux experts ont été successivement désignés par le tribunal et leurs conclusions furent concordantes à tous égards : absence totale de faute tant chez le chirurgien, chez le personnel qui l'a assisté que dans l'organisation du service. Les experts relèvent toutefois, que les dires des parents furent partiellement contradictoires sur des risques de l'opération* »⁹⁷⁷. À travers ces quelques lignes, c'est en réalité l'objet de la mission d'expertise médicale en responsabilité hospitalière qui est précisé.

La nature technique et scientifique de l'objet de la mission d'expertise en responsabilité médicale ressort de l'arrêt du Conseil d'État du 10 avril 1992⁹⁷⁸. On retrouve également la nature technique de l'expertise en responsabilité hospitalière dans le domaine de la contamination des personnes par le VIH. C'est ce qui ressort également des conclusions du commissaire du gouvernement Gilles CHATELIER⁹⁷⁹ parus dans cette dernière affaire, les experts désignés par le juge administratif ont pour mission de se prononcer sur la technique de pooling des échantillons de plusieurs patients. La délimitation du domaine de l'expertise médicale par rapport au domaine juridique est confirmée par l'arrêt du Conseil d'État du 14 février 1997⁹⁸⁰. L'expertise médicale s'est prononcée sur les résultats erronés d'un examen prénatal visant à déterminer si le fils des époux *Quarez* était porteur d'une anomalie génétique. Le rôle de l'expertise médicale en matière administrative demeure celui d'éclairer le juge administratif sur les points factuels du contentieux médical élevé devant lui. Ce rôle, est déjà précisé dans l'arrêt du Conseil d'État du 17 février 1905⁹⁸¹. Voici le considérant qui renvoie à ce rôle d'éclaircissement à caractère médical des faits de la cause : « *Le Sieur Léon*

⁹⁷⁵ Moreau Jacques, observations sous CE, 9 décembre 1988, *M. Cohen*, op. cit., p. 406.

⁹⁷⁶ Arrêt de la naissance d'une responsabilité sans faute dans les établissements publics de santé pour risque d'utilisation de thérapeutique nouvelle, op. cit.

⁹⁷⁷ Note sous CAA de Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, RDSS, avril-juin 1991, p. 258.

⁹⁷⁸ CE, ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, op. cit.

⁹⁷⁹ Chatelier, conclusions sur CE, sect. 25 février 1994, *Ministre délégué à la santé*, AJDA, 20 mai 1994, p. 394.

⁹⁸⁰ CE, sect., 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice / Époux Quarez*, op. cit.

⁹⁸¹ CE, 17 février 1905, *Auxerre*, RDP, 1905, p. 567.

Auxerre a été tué au cours de manœuvres exécutées le 1^{er} septembre 1900 et pour lesquelles il devait être fait emploi de cartouches chargées à blanc ; qu'il résulte des constatations médicales que la mort de ce jeune soldat a été causé par un coup de feu tiré à balle et provenant d'une troupe qui participait à ces manœuvres... »⁹⁸². Cette décision du Conseil d'État rendue au début du XX^{ème} siècle montre l'intérêt que le juge administratif a toujours manifesté dans les circonstances particulières.

Enfin, la nature technique de l'objet de la mission d'expertise médicale est irréfutable. Et pourtant, dans certains cas, l'expertise médicale porte directement sur une question de droit. Comme en matières pénale et civile, l'objet de la mission d'expertise médicale en responsabilité hospitalière peut être de nature juridique au lieu d'être de nature technique. Cette affirmation vient de l'analyse de quelques décisions de la jurisprudence administrative.

II. De la nature juridique de l'objet de la mission d'expertise médicale

Dans l'arrêt du Conseil d'État du 4 novembre 1987⁹⁸³, le juge administratif a confié à l'homme de l'art médical une mission de nature juridique. L'expertise médicale s'est prononcée sur l'appréciation de la compatibilité d'un handicap physique avec des fonctions correspondant à une activité précise. L'objet de la mission d'expertise médicale, en l'espèce, porte non pas sur les causes du handicap mais sur la compatibilité du handicap physique avec l'exercice des fonctions afférentes à la fonction de secrétaire. En principe, il appartient au juge administratif, et uniquement à lui, d'apprécier cette compatibilité et non à l'homme de l'art médical. Or, dans cette affaire, Mme Cazes n'a pas été admise à se présenter aux épreuves d'un concours administratif, le médecin de l'Assemblée nationale ayant déclaré son handicap incompatible avec l'emploi de secrétaire des services. Suite au recours introduit devant le juge administratif par Mme Cazes, une expertise médicale est sollicitée. Celle-ci porte sur la question de savoir si le handicap dont souffre l'intéressée est compatible avec l'exercice de l'emploi postulé.

Dans ce contexte, la question qui se pose est de savoir si le tribunal administratif a méconnu ses compétences en confiant la résolution de cette affaire à l'expertise médicale. La réponse du Conseil d'État est sans ambiguïté. Il estime que le tribunal administratif de Paris n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence en ordonnant une expertise médicale sur le point

⁹⁸² *Ibidem*

⁹⁸³ CE, 04 novembre 1987, *Assemblée Nationale / Mme Cazes*, AJDA, 20 avril 1988, p. 298.

de savoir si le handicap est ou non compatible avec l'exercice des fonctions de secrétaire des services. L'expertise médicale intervient directement dans la résolution de ce contentieux. En fait, le juge administratif n'a joué dans cette affaire qu'un rôle de pont entre deux rives. Il n'a fait que faire la liaison entre d'une part le problème juridique à résoudre et, d'autre part, l'expertise médicale qui en apporte la solution.

Dans une autre espèce⁹⁸⁴, le Conseil d'État s'est montré plus ferme sur l'étendue de la mission d'expertise médicale. Dans les faits, Le tribunal administratif de Lille avait invité l'homme de l'art médical à rechercher si les troubles préexistaient à l'entrée en service de dame Verhoeven et, dans l'affirmative, d'en déterminer le taux de l'aggravation. Pour le Conseil d'État, cette mission est à caractère juridique. Il y a donc lieu d'annuler le jugement attaqué en tant qu'il donne mission à l'homme de l'art de déterminer si les troubles sont imputables au service.

Dans une autre affaire, est également en cause la nature juridique de la mission d'expertise médicale. Il s'agit d'une affaire jugée par le Conseil d'État français le 11 juillet 1980⁹⁸⁵. Dans celle-ci, le juge administratif relève qu' « *en confiant à l'expert, par l'article 2 du dispositif de ce jugement, la mission 1°- de déterminer si la présence des rampes d'accès au nouveau pont de Blagnac édifié à proximité de l'immeuble appartenant à dame Veiller en bordure du Touch, a entraîné pour l'immeuble un préjudice ayant revêtu un caractère spécial et anormal, eu égard notamment à la situation antérieure des lieux avant la construction de l'ouvrage, le tribunal administratif a confié à l'expert la mission de se prononcer sur des questions relatives à la qualification juridiques des faits* »⁹⁸⁶. Pour le Conseil d'État, cette mission doit être annulée.

Le fait est qu'il ne s'agit pas dans la plupart des cas, d'un abus des experts médicaux, mais de véritables missions d'expertise médicale à caractère juridique que les juges confient à ceux-ci. Depuis toujours, le Conseil d'État, comme l'on vient de le démontrer, veille à supprimer ces débordements des premiers juges. L'expertise ne doit porter que sur des questions exclusivement techniques. La fonction de juger est une fonction grave qui ne doit

⁹⁸⁴ CE, 21 novembre 1980, *Directeur général de la caisse des dépôts et consignations / Dame Verhoeven*, Rec. CE, 1980, p. 835.

⁹⁸⁵ CE, 11 juillet 1980, *Ministre des transports / Dame Veiller*, Rec. CE, 1980, p. 835.

⁹⁸⁶ *Ibidem*

pas être confiée aux gens non préparés à l'assumer, l'expertise médicale n'étant qu'un des éléments qui concourent à la construction, par le juge, de sa décision de justice.

Il convient de s'intéresser aussi à l'apport de l'expertise dans la détermination du lien de causalité médicale entre d'une part, l'agent causal et le dommage causé d'autre part.

B. De la détermination certaine à la probabilité du lien de causalité médicale

L'expertise dans le contentieux de la responsabilité médicale sert également à déterminer le caractère certain du dommage et son imputabilité directe ou indirecte sur le préjudice. Lorsqu'il y a multitude de causes du préjudice subi par la victime, l'expertise médicale doit en faire le tri et en préciser l'impact de chacune sur le préjudice. Si, de manière générale, l'expertise médicale joue positivement cette fonction (I), il peut arriver qu'elle en soit incapable. Ce sont les limites de la détermination de la relation de cause à effet (II).

I. L'expertise médicale et le lien de causalité en responsabilité hospitalière

Le particularisme du système de responsabilité des établissements publics de santé par rapport aux établissements privés de santé doit être rappelé au début de cette étude. Précédemment, il a été constaté que devant le juge administratif l'action en réparation ne peut pas avoir pour objet la condamnation personnelle du praticien. Cette particularité est une soupape non négligeable pour le bon fonctionnement du service public hospitalier.

D'abord, établir la relation médicale entre l'acte dommageable et le préjudice subi par la victime est une des missions de l'expertise en responsabilité hospitalière. Dans ce contexte, la mission de l'expertise est de clarifier la difficulté majeure à laquelle le juge est confronté, la pluralité des facteurs causals. Le lien de causalité médicale prépare le lien de causalité juridique. L'expertise médicale doit en principe rechercher parmi les causes ayant précédé la réalisation du dommage, laquelle est la cause ou les causes principales de ce dommage. La recherche de la cause ou des causes directement et certainement liées au dommage subi par une victime consiste, pour le médecin expert, à procéder à l'examen de l'ensemble des faits du contentieux médical. Son expertise médicale doit isoler le ou les faits générateurs. Ensuite,

elle doit en rechercher la relation de cause à effet avec les troubles ou les séquelles dont souffre le patient. C'est ce qui ressort des arrêts de la haute assemblée administrative⁹⁸⁷.

Dans certains cas, les médecins n'arrivent pas à isoler le fait générateur du dommage soit parce que l'expertise est mal conduite, soit parce qu'il y a un enchaînement de faits générateurs inséparables. C'est ce qui ressort avec clarté de la jurisprudence *Époux Vergos*⁹⁸⁸. Selon l'expertise médicale l'enchaînement des faits ne permet pas d'isoler un geste ou une décision qui soit massivement et évidemment fautif. Si faute il y a, elle résulte de l'enchaînement d'une série d'imprudences, d'imprévisions et d'erreurs d'ordre médical agissant par leurs effets conjugués : « *Les experts ne concordent pas dans leurs appréciations, certains excluant, d'autres retenant la faute. Trois rapports ont été établis dans le cadre de la procédure pénale, les deux premiers ayant été successivement annulés pour vice de forme, un quatrième l'a été à la demande du tribunal administratif. Ils sont particulièrement circonstanciés et ont pour auteurs les plus éminents spécialistes des disciplines concernées. Les divergences qui les séparent, en ce qui concerne les conclusions auxquelles ils parviennent ne sont pas, à nos yeux, déterminantes* »⁹⁸⁹. Comme on peut le constater, l'isolement du fait générateur du dommage n'est pas toujours évidente à réaliser. Pourtant, circonscrire le fait ou les faits générateurs du dommage reste une des missions essentielles de l'homme de l'art médical.

Il ne suffit pas pour l'homme de l'art médical de constater la faute du médecin hospitalier et le dommage subi par le patient pour retenir la culpabilité de l'établissement public de santé. Il doit ensuite établir le lien de causalité entre cette faute et le dommage subi par la victime. Ce lien de causalité doit apparaître dans le rapport d'expertise. Il appartient au juge de le constater, de le modifier ou de le confirmer. Le juge n'est pas lié par le rapport d'expertise médicale.

La détermination du lien de causalité médicale par l'homme de l'art médical est vivement souhaitable même, dans le cadre d'une responsabilité sans faute de l'établissement public de santé. Pour René CHAPUS, « *la non-exigence de la faute rendant plus difficile en cette*

⁹⁸⁷ CE, 02 février 1962, *Vincensini*, Rec. CE, 1962, Tables, p. 1104 ; CE, 28 février 1962, *Meier*, Rec. CE, 1962, p. 123 ; CE, 19 mars 1969, *Assistance Publique de Paris*, RDP, 1970, p. 151, note de Marcel Waline ; CE, 09 janvier 1980, *Mme Martins*, Rec. CE, 1980, p. 4.

⁹⁸⁸ CE, ass. 10 avril 1992, *Époux Vergos*, op. cit.

⁹⁸⁹ LEGAL Hubert, conclusions sur CE, ass. 10 avril 1992, *Époux Vergos*, op. cit.

matière l'appel au système de l'équivalence des conditions, les juridictions ont donc reconnu la cause d'un dommage par un autre critère. Parmi les conditions nécessaires du dommage, elles ont retenu comme cause du dommage uniquement le fait qui, d'après le cours ordinaire des choses, tel qu'on peut l'imaginer d'après l'expérience de ce qui se passe en telle occurrence, devait normalement produire un dommage tel que celui dont il est demandé réparation »⁹⁹⁰. Quelque soit le régime de la responsabilité en cause, l'apport de l'expertise dans l'établissement du lien de causalité juridique est déterminant.

Il est utile de dire que la nécessité du lien de causalité médicale entre le fait causal et le dommage subi par la victime demeure la condition *sine qua non* à l'engagement ou non de la responsabilité de l'établissement public de santé ou de l'indemnisation sans faute due sur le fondement du risque ou de la solidarité nationale. Il doit exister entre le comportement de la personne ou l'intervention de la chose en cause et le dommage une relation de cause à effet certaine, un lien de causalité bien établi et non douteux. Dans le contentieux de la responsabilité médicale, l'expertise est le procédé de référence pour parvenir à cette détermination. Cependant, dans certains cas, elle n'arrive pas à établir ou à déterminer cette relation de cause à effet sur le plan médical. Un tel obstacle entraîne-t-il un recul de l'expert médical par rapport à sa mission ?

II. Les limites de l'expertise sur la détermination du lien de causalité médicale

La multiplicité des causes et événements qui précèdent la réalisation d'un dommage peut constituer une limite à la détermination d'un lien de causalité médicale. C'est le cas lorsque l'homme de l'art médical n'arrive pas à isoler, parmi l'ensemble complexe des causes ayant précédé le dommage, celles qui sont directement à l'origine du dommage subi. En outre, l'enchaînement et l'enchevêtrement des faits causals peuvent également constituer une limite à la recherche du lien de causalité médicale par l'homme de l'art médical.

Si l'un des objectifs de l'expertise médicale est de déterminer avec précision le lien de causalité médicale entre la faute d'une part et le dommage d'autre part, il est pourtant utile de préciser que l'expertise médicale laisse presque toujours une place à la probabilité. Celle-ci est une limite à la détermination de la causalité médicale lorsqu'elle est à un niveau élevé. Il

⁹⁹⁰ CHAPUS René, Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, thèse soutenue devant la faculté de droit de Paris sous la direction de Marcel Waline, op. cit. p. 437.

peut arriver que l'homme de l'art médical émette plus de probabilités, de doutes sérieux que de certitudes au sujet de la causalité médicale nonobstant sa compétence scientifique.

Ces doutes ne doivent pas faire penser à la faillite de l'expertise. Trop souvent, l'opinion publique, et parfois le juge, attendent de l'expertise médicale plus qu'elle ne peut apporter. Si l'exigence d'apport scientifique est le fondement incontestable de l'expertise médicale il faut cependant prendre en considération la dimension de la probabilité propre à la science elle-même.

Une telle notion de probabilité n'inclut pas seulement le lien de causalité dans le domaine de la responsabilité médicale mais aussi un système d'assurance dont l'objectif est d'assurer tous types de probabilité d'engagement de la responsabilité hospitalière sur le fondement de la faute ou sans faute. En France, l'expertise médicale s'applique en relation réciproque avec le secteur de l'assurance médicale.

§ 2. La place et le rôle des compagnies d'assurances dans l'expertise médicale en matière administrative

L'analyse de ce paragraphe appelle une remarque concernant la différence entre la logique indemnitaire et la logique répressive. Cette différence n'est pas neutre dans le cadre de la participation des compagnies d'assurances à l'exécution de l'expertise médicale. Celles-ci occupent une place de choix et jouent un rôle extrêmement important dans le cadre de la logique indemnitaire et non répressive, alors qu'en matière répressive les compagnies d'assurances ne tiennent aucune place et ne jouent aucun rôle. Notre analyse sera, par conséquent, focalisée sur la place et le rôle des compagnies d'assurances dans l'expertise médicale en matière administrative. Les compagnies d'assurances participent de manière active à l'exécution des opérations d'expertise médicale. Leur participation est vitale et indispensable.

Le rôle des compagnies d'assurances est de garantir leurs assurés contre la réalisation des risques déterminés. Pour cela, elles s'engagent, moyennant une prime ou une cotisation, à payer à leurs assurés ou aux bénéficiaires de la police d'assurance une indemnité, un capital ou une rente en cas de réalisation d'un risque précis et envisagé.

En France l'exercice ou la pratique de la médecine exige d'une part, que les praticiens qui interviennent dans les établissements publics ou privés de santé soient personnellement assurés pour leur responsabilité professionnelle et que d'autre part, les établissements publics et privés de santé soient eux-mêmes assurés contre la survenance des risques auxquels sont exposés leurs usagers. Comme nous allons le voir, l'assurance est une obligation légale pour les professionnels de santé et pour les établissements de santé. La souscription d'un ou de plusieurs contrats d'assurance est la condition *sine qua non* pour que les médecins libéraux, les professionnels de santé et les établissements de santé puissent exercer leur activité⁹⁹¹.

L'étude du rôle et de la place des compagnies d'assurances dans l'exécution des opérations d'expertise médicale conduit à réfléchir sur les normes juridiques qui encadrent cette phase de la procédure expertale. L'utilité et l'importance des compagnies d'assurances dans le système d'indemnisation y invitent. Il paraît donc illusoire et illogique d'envisager la fonction assurantielle dans la résolution du contentieux de la responsabilité médicale sans en poser le cadre juridique d'une part, et de préciser le rôle de l'expertise médicale dans la détermination de ce qui relève de la solidarité nationale et de ce qui relève des compagnies d'assurances d'autre part.

L'intérêt de l'examen des différentes lois y afférentes est de permettre une appréciation juridique de cette question qui est au centre de notre développement. En France, leur place et leur rôle sont définis, de manière explicite, par le législateur. C'est ici le lieu tout indiqué de rappeler les deux types d'obligations que la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé impose aux compagnies d'assurances d'une part, et aux professionnels de santé exerçant à titre libéral, aux établissements de santé, services de santé et autres organismes de santé d'autre part.

La première obligation est que les compagnies d'assurances doivent, en principe, assurer les organismes, les établissements et les professionnels de santé qui les sollicitent. La deuxième est que ces établissements et professionnels de santé doivent s'assurer. L'analyse approfondie des dispositions des différentes lois relatives à l'assurance de responsabilité civile et administrative permettra de mieux définir, en France, le cadre juridique de la participation

⁹⁹¹ Contrairement à la situation au Liban.

des compagnies d'assurances à l'expertise médicale (A) et de dégager la place de l'expertise médicale dans le processus d'indemnisation (B).

A. Les dispositions législatives en cause

C'est principalement dans la loi Kouchner du 4 mars 2002⁹⁹². La loi du 30 décembre 2002⁹⁹³ comporte également des dispositions juridiques qui règlent les aspects d'assurance relatifs à l'indemnisation des victimes des infections nosocomiales et affections iatrogènes.

La première loi, celle du 4 mars 2002, consacre deux titres à la procédure d'indemnisation des conséquences des risques sanitaires. Le premier titre est intitulé « Réparation des conséquences des risques sanitaires » ; il comprend trois chapitres et huit sections dont la troisième est entièrement consacrée à l'expertise en accidents médicaux. Le deuxième est intitulée « l'assurance de responsabilité civile médicale » ; il comprend deux chapitres. En somme, ces deux titres consacrent une trentaine d'articles à l'indemnisation des conséquences des risques sanitaires.

La deuxième loi, celle du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale consacre sept articles à l'indemnisation des dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, les services ou les autres organismes concernés.

Dans cette logique, il est utile d'analyser toutes ces dispositions pour bien définir la place de l'assurance des risques sanitaires dans l'expertise médicale (I) et présenter la réalité des modes alternatifs d'assurance (II).

I. L'analyse des dispositions juridiques de l'assurance médicale

Le principe juridique concernant l'obligation d'assurance des professionnels de santé est posé par l'article L. 1141-2 du CSPF. Ce dernier dispose que les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, les services de santé, les organismes mentionnés à l'article L. 1142-1 et toute autre personne morale, autre que l'État, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, à l'état de produits finis, mentionnés à l'article L. 5311-1 à l'exclusion des 5°, sous réserve des dispositions de l'article L. 1222-9 (11°, 14° et 15°),

⁹⁹² Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, op. cit.

⁹⁹³ Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile, JO du 31 décembre 2002, p. 22100.

utilisés à l'occasion de ces activités, sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de cette activité de prévention, de diagnostic ou de soins. Les contrats d'assurance souscrits en application de l'alinéa précédent peuvent prévoir des plafonds de garantie. L'analyse de cette disposition fait apparaître deux observations principales.

La première est l'exclusion de l'État de cette obligation législative d'assurance. En effet l'État n'est pas tenu de souscrire une convention d'assurance. Ce qui ne signifie pas qu'il n'indemnise pas lorsque les circonstances factuelles et juridiques l'imposent. L'État est son propre assureur. Il incarne, selon l'expression de Maurice HAURIUO, la puissance publique et, selon celle de Gaston JÈZE, le service public. À ce titre, il doit agir en cas de sinistre non assuré ou de catastrophe imprévisible dépassant les plafonds de garantie.

L'État, en garantissant les risques encourus par les usagers du service public hospitalier, se protège lui-même. Dans tous ces cas, il joue son rôle de puissance publique et agit au titre de la solidarité nationale. La loi susvisée prévoit des cas dans lesquels toute personne victime d'un dommage peut se tourner vers l'État pour se faire indemniser. Quelques uns de ces cas seront examinés postérieurement.

La deuxième remarque prévoit que les compagnies d'assurances garantissent les professionnels de santé, les personnes morales, les établissements privés et publics de santé pour leur responsabilité civile et administrative, ce qui exclut la responsabilité pénale de ces professionnels. En matière pénale, le principe de la personnalisation des peines prévaut. La privation de la liberté n'a pas de prix.

Lorsqu'elles passent un contrat d'assurance avec un professionnel de santé, un établissement de santé ou un médecin libéral, les compagnies d'assurances ont l'obligation de garantir tous leurs actes. La loi les oblige à garantir les actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Par actes de prévention, l'on entend l'ensemble de mesures à caractère médical, juridique et économique pris par les autorités de santé publique ou par les médecins eux-mêmes et destinés à éviter la survenance de la maladie.

Par conseils à caractère médical, l'on entend l'ensemble des orientations comportementales auxquelles doivent se soumettre les patients. Celles-ci peuvent être facultatives ou obligatoires. Selon les cas, elles peuvent être source de conflits ou de contentieux lorsqu'elles entraînent des conséquences anormales au regard de l'état de santé de leurs patients et de l'évolution prévisible de celui-ci.

Enfin, dans le cadre des actes de prévention qui sont couverts par les compagnies d'assurances, citons aussi la mise à la disposition, au profit des patients et usagers des établissements publics et privés de santé dans des conditions de sécurité optimales, des appareils et instruments en état normal de fonctionnement et correctement aseptisés ainsi que la mise en place d'un système de surveillance et d'interventions humaine et électronique correspondant à la spécificité de chaque pathologie. Lorsqu'il y a défaillance sur ce plan et que ces établissements sont poursuivis par leurs patients et usagers du fait de cette défaillance ayant provoqué des dommages à ceux-ci, leurs assurances doivent s'investir et agir en conséquence.

Les risques couverts par l'assurance des établissements publics et privés de santé sont ceux définis et prévus dans les contrats passés entre ces établissements de santé et les compagnies d'assurances concernées. Il s'agit, dans le cas présent, des risques qui rentrent dans la limite de la mission confiée aux professionnels de santé qui pratiquent dans ces établissements de santé. Au-delà, ces professionnels doivent personnellement souscrire à une assurance professionnelle qui couvrira les risques découlant de leur activité médicale libérale, c'est-à-dire celle qui rentre dans l'indépendance de l'exercice de leur art médical. Cette disposition juridique soulève la question du cumul des assurances, d'un côté, l'assurance du praticien et de l'autre celle de l'établissement public ou privé de santé. Toutes ces assurances ont pour seul objectif de permettre la pratique légale de l'activité médicale d'une part, et de permettre l'indemnisation des victimes de dommages d'autre part.

II. La réalité des modes alternatifs d'assurance

Les professionnels de santé qui interviennent et agissent dans les établissements publics ou privés de santé ont contracté une assurance professionnelle. Cette assurance est donc à la fois une condition préalable et *sine qua non* de la pratique de toute activité médicale en France. Les établissements de santé, publics et privés, sont légalement assurés pour leur propre responsabilité. Ils fonctionnent en relation directe avec des professionnels de santé qui eux-

mêmes sont assurés. Une des questions qui se pose à cette occasion est celle de savoir dans quel cas chaque assurance est amenée à être mise en œuvre en cas d'obligation d'indemniser.

Dans ce contexte, l'on peut parler de l'existence d'un mode alternatif d'assurance. D'un côté, c'est selon les cas, soit l'assurance des établissements publics ou privés de santé qui est mise à contribution soit celle des professionnels de santé qui est sollicitée. Il s'agit dans ces cas d'une doublure et non d'un cumul des assurances. C'est l'une ou l'autre qui est opérationnelle.

L'on peut parler du cumul des assurances quand les deux sont sollicitées et jouent simultanément. Cela n'est possible que lorsqu'il y a cumul de fautes. Dans ce cas, la responsabilité médicale étant partagée, chaque responsable assure une partie de l'indemnisation. Le rôle de l'expertise médicale est encore plus fondamental dans la mesure où elle contribue à l'établissement matériel de l'existence ou pas d'une faute et dans la recherche d'un lien de causalité médicale.

Lorsque l'assurance personnelle du professionnel est inopérante et pour que la victime ou ses ayants droit puissent bénéficier d'indemnisation, l'assurance de l'établissement de santé pour le compte duquel il travaille prend en charges les frais d'indemnisation. Les compagnies d'assurances laissent souvent une option à ces établissements de souscrire une assurance qui garantit la responsabilité personnelle du professionnel concerné, le but étant de pallier une éventuelle défaillance de l'assurance personnelle du professionnel en cause. Dans le cas contraire, la clause de subsidiarité qui consiste à faire jouer l'assurance de l'établissement de santé concerné en lieu et place de celle du professionnel mis en cause s'applique pleinement. L'objectif majeur demeure de ne pas laisser les victimes d'accidents ou les malades sans aucune possibilité de dédommagement.

Cependant, toute procédure d'indemnisation suppose donc l'implication pendant la phase d'instruction et notamment celle de l'expertise médicale que les compagnies d'assurances participent de manière active au déroulement des opérations d'expertise médicale au même titre que toutes les parties en cause. Les compagnies d'assurances étant des personnes morales de droit privé, ce sont leurs médecins-conseils qui y participent physiquement. Ces médecins-conseils agissent en qualité de représentant technique des compagnies d'assurances pour le compte desquelles ils travaillent et non en qualité d'expertise médicale ordonnée par la

juridiction compétente. En effet, il existe une différence fondamentale entre, d'une part, les médecins-conseils des compagnies d'assurances et, d'autre part, les experts médicaux inscrits sur les listes des experts médicaux en vertu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Les conditions d'exercice de la médecine expertale sont fondamentalement différentes de celles d'exercice des médecins-conseils des compagnies d'assurances. Dans cette logique, après l'examen de la participation des médecins-conseils de compagnies d'assurances à l'exécution des opérations d'expertise médicale, la différence de fond qui existe entre, d'une part, ces médecins-conseils des compagnies d'assurances et, d'autre part, les médecins experts sera examinée.

B. Le rôle du médecin-conseil au cours des opérations d'expertise médicale

Le principe fondamental du procès en responsabilité civile ou administrative est que ce procès se déroule dans le respect des règles du contradictoire. Les compagnies d'assurances, qui sont représentées par leurs médecins-conseils lors de l'exécution des opérations d'expertise médicale, doivent être considérées comme des parties en cause dans le contentieux, au même titre que les autres parties. De plus, il convient de noter que ces compagnies d'assurances s'engagent à verser, sur la base de la décision de justice, des sommes d'argent souvent importantes. Il est donc vital pour les compagnies d'assurances, de s'impliquer dans la procédure d'expertise médicale afin d'en comprendre les conclusions (I), et surtout de faire des observations sur le fond (II).

I. Le médecin-conseil et le médecin expert face à l'expertise médicale

Le médecin-conseil des compagnies d'assurances n'est pas une partie à l'exécution des opérations d'expertise médicale. Il est un représentant technique de celles-ci. Lorsque le juge décide de faire procéder à une expertise médicale et lorsque qu'il désigne un médecin expert à cet effet, il appartient à ce dernier d'en avertir la compagnie d'assurance et non son médecin-conseil.

Dans ce sens, les médecins-conseils doivent absolument savoir que, sur le plan juridique, le fait de saisir directement le médecin-conseil de la compagnie d'assurance impliquée sans au préalable saisir la compagnie d'assurance elle-même peut constituer une violation du principe de contradictoire. On est ici dans le domaine de la représentation. C'est donc à la compagnie

d'assurance qu'il appartient de désigner le médecin-conseil qui va la représenter à l'exécution des opérations d'expertise médicale. La compagnie d'assurance est considérée comme une des parties aux opérations d'expertise médicale et son médecin-conseil comme son représentant technique.

L'homme de l'art médical en charge de l'exécution des opérations d'expertise doit, dans le cadre du respect du principe du contradictoire, adresser sa convocation à l'exécution de ces opérations à la compagnie d'assurances en cause dans le contentieux et non au médecin-conseil représentant cette compagnie. Ensuite, cette compagnie informera son médecin conseil.

Une autre remarque essentielle doit être faite. Le médecin-conseil de la compagnie d'assurance représente sa compagnie exclusivement sur le plan médical. Il opère dans le domaine purement technique. Dans tous les cas, les enjeux financiers étant importants, les compagnies d'assurances prennent le soin d'associer à leur démarche un ou plusieurs avocats le plus souvent hautement spécialisés pour défendre leurs intérêts sur le plan juridique.

Lors de l'expertise médicale, le médecin-conseil défend les intérêts de sa compagnie d'assurance sur le plan exclusivement technique c'est-à-dire médical. Ce dernier intervient oralement lors de l'exécution des opérations d'expertise. Il pose des questions techniques au médecin expert ; il peut également poser des questions d'ordre médical à la personne sujette à l'expertise médicale. Tout ceci se fait dans un esprit de dialogue et si possible dans un climat détendu pour que les uns et les autres se sentent en confiance et à l'aise afin de favoriser la manifestation de la vérité.

Les deux confrères emploient le même langage et par conséquent se comprennent. Cependant ils n'ont pas les mêmes intérêts. Le médecin expert demeure le maître absolu de l'exécution des opérations d'expertise médicale. Il en conduit l'exécution matérielle selon son rythme et son orientation, à condition de respecter les lois en vigueur en la matière. Il lui est même conseillé de faire preuve d'autorité.

II. La prise en compte des observations du médecin-conseil

Le médecin-conseil des compagnies d'assurances peut également faire des observations écrites à condition qu'elles portent sur le domaine médical. L'expert médical doit prendre en

considération les observations ou réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Il doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il leur aura donnée.

Dans la pratique courante de l'expertise médicale, les observations sont souvent présentées sous la forme orale. La raison en est que l'expertise médicale est souvent rapide et laisse, par conséquent, peu de temps au médecin-conseil des compagnies d'assurances de rédiger ses observations. Il lui est toujours permis de les rédiger après l'exécution des opérations d'expertise médicale et ensuite de les remettre à l'homme de l'art médical en charge de cette exécution avant le dépôt du rapport expertal. Dans ce cas, une des conditions incontournables pour que ces observations aient une légitimité est que celles-ci soient transmises à l'ensemble des protagonistes en cause dans le contentieux de la responsabilité médicale et que, par ailleurs, ils aient la possibilité d'y répondre. En règle générale, le médecin expert établit un pré-rapport qui comprend les orientations majeures préfigurant les conclusions définitives. Ce pré-rapport est envoyé à chaque partie qui pourra formuler ses observations sur la base de ce document dans les délais requis.

Lors de l'exécution des opérations d'expertise médicale, s'il apparaît que l'examen médical auquel doit se soumettre l'expertisé(e) est intime, l'homme de l'art médical en charge des opérations d'expertise médicale peut procéder seul à cet examen et en soumettre les résultats à l'ensemble des parties en cause. Cependant, si la personne objet de l'expertise médicale décide que le médecin-conseil de la compagnie d'assurance, le médecin assistant et les avocats peuvent y participer, l'homme de l'art médical ne peut s'y opposer. Dans ce domaine, le consentement exprès de l'expertisé(e) est primordial. L'homme de l'art médical en charge de l'expertise médicale doit faire preuve de finesse et de sagesse.

Les observations que le médecin-conseil de la compagnie d'assurance formule doivent être prises en considération par l'homme de l'art médical en charge de l'exécution des opérations. Elles doivent apparaître dans le rapport d'expertise médicale. Le but essentiel de ces observations doit être la manifestation de la vérité.

Conclusion

D'abord, la possibilité de faire appel à une co-expertise pourrait constituer a priori une garantie supplémentaire de la fiabilité du rapport d'expertise. Certains auteurs⁹⁹⁴ plaident même en faveur d'une systématisation de cette procédure comme un moyen d'atténuer les dangers de cette dernière. Cependant, au regard des inconvénients pratiques qui pourraient en résulter, la co-expertise est loin d'être une panacée. Voire, elle pourrait même constituer un facteur de complication dans certains cas. Le professeur René VOUIN observe à ce propos qu' « *organiser une contradiction, c'est prévoir un désaccord ; et si deux experts diffèrent d'opinion, logiquement il faut concevoir la nomination d'un troisième, ce qui conduit à retomber dans la difficulté que l'on voulait écarter* »⁹⁹⁵, avec pour conséquence un ralentissement du cours de la procédure judiciaire.

D'ailleurs, s'agissant à présent des dangers signalés précédemment, et tout particulièrement le risque de débordement de la mission de l'expert médical sur le domaine juridique, il ne fait guère de doute que la mission de ce dernier doit être clairement circonscrite au domaine technique. Cela suppose une étude minutieuse de l'affaire de la part du juge pour déterminer les points précis où une appréciation technique est indispensable, mais également, une confrontation préalable entre le magistrat et l'expert ainsi qu'un échange de vues en cours d'expertise.

Il faut préciser enfin que le juge n'est lié ni par les constatations ni par les conclusions de l'expert, du moins théoriquement. C'est un principe général constant aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence dans le droit libanais et français.

Malgré tout, si la transposition du domaine technique au domaine juridique, que doit nécessairement opérer le juge, peut expliquer dans une certaine mesure cette liberté d'appréciation reconnue à ce dernier par rapport aux constatations et conclusions de l'expert, il n'en demeure pas moins que la principale justification reste celle liée au double principe de

⁹⁹⁴ PENNEAU Jean et DOSNER-DOLIVET Annick.

⁹⁹⁵ VOUIN René, *Le juge et son expert*, op. cit.

la liberté de la preuve et de l'intime conviction. La bonne administration de la justice et la protection des libertés individuelles supposent en effet que l'on ne puisse pas condamner une personne sur la seule foi d'un rapport d'expertise.

En effet, la faute ne saurait résulter du seul jugement de l'expert sur le comportement du praticien dans son aspect technique. Elle implique également et surtout un jugement porté sur ce comportement dans son aspect moral car, pour qu'il y ait blâme juridique, la conduite extérieure doit avoir été objectivement illicite et avoir l'état d'esprit coupable.

En définitive, si les textes régissant la matière mettent à la disposition du juge un certain nombre de moyens susceptibles de contrer les risques de déviation de l'expertise, leur efficacité reste néanmoins tributaire de la volonté du juge de les mettre en œuvre sur le plan pratique. Face au développement explosif du nombre de recours contentieux devant les juridictions françaises en matière médicale, et, face à la méfiance du patient libanais envers son système juridique pour y avoir droit, il semble plus que jamais nécessaire de mettre en évidence la place et la fonction d'un système d'indemnisation spécifique aux dommages médicaux.

Chapitre II

L'objectif d'une indemnisation intégrale des préjudices médicaux

Au regard des réflexions qui avaient précédé l'élaboration de la loi française en la matière, le législateur avait trois types de préoccupations pour améliorer le dispositif de réparation des conséquences de risques sanitaires. Il est utile de dire en la matière que, au Liban, nous faisons face à une sécheresse tant au niveau jurisprudentiel qu'au niveau législatif voire doctrinal. Pour cette raison, l'on va se concentrer sur les évolutions françaises afin de présenter des modèles dont le juge ou le législateur libanais peut s'inspirer pour résoudre les problèmes de l'indemnisation des dommages de l'acte médical.

Pour débiter, le législateur français, ainsi que son homologue libanais, a trois types de préoccupations : faciliter l'accès des victimes à des procédures d'indemnisation simplifiées, ne pas exonérer aux yeux de la victime la responsabilité des professionnels de santé et enfin, clarifier ce qui était du ressort de la responsabilité de ces professionnels et ce qui devait relever de la solidarité nationale.

La première préoccupation est de faciliter l'accès à des procédures simplifiées. Cette préoccupation avait animé la réflexion de nombreux auteurs de rapports et de propositions de loi. Elle se fondait sur un triple constat.

Le premier, c'est que de nombreux contentieux en matière de responsabilité médicale se développent parce que la relation de confiance qui a été rompue entre le patient et le professionnel de santé n'a pu trouver à se rétablir en l'absence de mécanisme de conciliation. Le premier rapport réalisé à la demande du gouvernement sur cette question, le rapport Mac ALEESE en 1980, préconisait la création de médiateurs médicaux afin d'éviter les contentieux et notamment les procédures pénales. Ce rapport avait d'ailleurs conduit à un décret daté du 15 mai 1981 sur les conciliateurs médicaux qui fut annulé par le Conseil d'État au motif que la protection du secret médical relevait du domaine exclusif de la loi. Le rapport de la Chancellerie en 1991 préconisait que soient créés par voie législative des médiateurs médicaux appartenant au corps médical mais présentant des garanties d'indépendance qui

auraient pu, à partir du dossier du patient et des enquêtes effectuées au sein de l'établissement, rechercher les causes de l'accident et établir un rapport à l'intention des parties. Le rapport Salat BAROUX en 1993 préconisait lui aussi que soit instauré dans chaque département un médiateur nommé par le conseil départemental de l'Ordre des médecins.

Cette préoccupation a trouvé sa concrétisation dans l'ordonnance d'avril 1996 relative à la réforme de l'hospitalisation publique et privée avec la création dans chaque établissement de santé d'une commission de conciliation dont la mission n'était pas réellement de concilier les parties mais de guider le patient victime dans une éventuelle procédure contentieuse. La mise en place parallèlement à ces commissions dans chaque établissement de santé d'au moins un médecin conciliateur a permis de mieux répondre à cet objectif. Dans la loi du 4 mars 2002, cette mission a été dévolue aux commissions régionales.

Le deuxième constat, porte sur les difficultés liées à la dualité du contentieux en matière de responsabilité médicale. Si cette dualité se justifie au regard des règles traditionnelles du droit, elle conduit à traiter différemment des victimes ayant éventuellement connu le même préjudice selon qu'elles bénéficient de soins dans un hôpital public ou dans une clinique privée. Mais de plus, cette dualité complique considérablement les voies de recours pour la victime d'autant que la prise en charge des patients alternant les structures publiques et les structures privées, parfois au cours de la même période de soins, ne permet pas d'identifier facilement l'origine du préjudice. Le rapport de la Chancellerie de 1990 se prononçait en faveur d'une unification du contentieux même si, après analyse, il concluait en considérant que cette unification « risquerait de créer davantage de problèmes qu'elle ne pourrait en résoudre ».

Cette unification des procédures contentieuses n'a pas été retenue, mais c'est au moins l'un des aspects critiques de cette dualité qui a permis au législateur d'unifier les délais de prescription à dix ans « à compter de la consolidation du dommage ». C'est par ailleurs ce même souci de simplification qui a justifié la mise en place d'une seule et même commission susceptible de recevoir puis d'examiner les demandes amiables d'indemnisation quel que soit le lieu où le dommage s'est produit.

Le troisième constat, touchant à la nécessité de simplifier les procédures, concerne l'expertise. Les délais extrêmement longs de procédure en indemnisation des dommages corporels, souvent dus à la durée de l'expertise, n'étaient pas acceptables pour des personnes

qui se retrouvaient parfois subitement sans revenus parce qu'elles étaient dans l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle pour des raisons uniquement dues à une intervention médicale ou chirurgicale. Une des préoccupations du législateur français concernant l'expertise était de lever la suspicion planant sur les experts médicaux de « couvrir » leurs confrères. Concernant le premier de ces points, l'obligation dans la procédure de respecter des délais inscrits dans la loi a permis d'améliorer sensiblement la situation antérieure, même si les délais d'examen des dossiers dans certaines commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI) sont encore trop longs.

C'est aussi au nom de la simplification que la gratuité de l'expertise a été mise en œuvre. La volonté de davantage professionnaliser l'expertise a trouvé sa traduction dans la loi à travers l'établissement d'une liste nationale d'experts en accidents médicaux qui, pour être retenus, devront avoir fait l'objet d'une évaluation de leurs connaissances et répondre à une obligation de formation.

La deuxième préoccupation, a été de ne pas, pour la victime, exonérer les professionnels de santé de leur responsabilité. Plusieurs propositions de loi qui avaient été déposées sur les bureaux de deux assemblées françaises au cours des vingt dernières années sur ce sujet envisageaient un dispositif tendant à indemniser les victimes sans rechercher les responsabilités⁹⁹⁶. Cette démarche pouvait aussi bien être motivée par le désir de la simplification des procédures dans l'intérêt des victimes que par la volonté de protéger les professions de santé de l'insécurité dans laquelle les plongeait la mise en cause de leur responsabilité.

Ces propositions se fondaient sur la notion de risque médical, la réparation étant de plein droit souvent assurée par un fonds de garantie lorsqu'un accident interviendrait en relation avec ce risque. Ces propositions renaient une définition très large de l'accident indemnisable : « *les conséquences défavorables d'un diagnostic, d'une exploration, d'un traitement, d'une intervention ou d'une transfusion, lorsque l'état du patient ne rendait pas ces circonstances*

⁹⁹⁶ Voir par exemple : Sénat proposition de loi tendant à créer un fonds de garantie pour indemniser les victimes d'accidents d'origine médicale, présentée par Michel Poniatowski et autres, n° 286, seconde session ordinaire de 1992-1993 ; Assemblée nationale, proposition de loi relative à un fonds d'indemnisation de l'aléa médical, déposée par Pierre Pascalon, n° 2882, dixième législature, enregistrée le 5 septembre 1996.

normalement prévisibles »⁹⁹⁷, sans qu'il soit démontré qu'il y ait eu manquement aux règles de bonnes pratiques. Dans ce cas, « il appartient à la victime d'apporter les éléments permettant au fonds de garantie de s'assurer du rôle causal de l'activité médicale ».

Dans le même ordre d'idée, bien que souvent exprimé de manière plus feutrée, on peut estimer que quelques rapports tendaient aussi à préconiser des solutions qui, de fait, aurait pu conduire à ne pas avoir besoin de rechercher les responsabilités à partir du moment où professionnels de santé et patients auraient eu l'obligation de recourir à une assurance les garantissant contre les accidents sanitaires. Deux rapports, celui de François EWALD en 1992 et celui de Salat BAROUX en 1993 préconisaient le mécanisme assurantiel. Ils affirmaient certes leur désir de ne pas déresponsabiliser⁹⁹⁸ mais on imagine aisément combien par le jeu opaque entre assureurs, la recherche en responsabilité aurait souvent été secondaire comparativement à l'indemnisation. Le contentieux médical est nécessaire non pas seulement pour obtenir une indemnisation, il est aussi très souvent un élément nécessaire à la réparation de la rupture de confiance qui s'était instaurée entre un patient qui s'en était totalement remis à un professionnel de santé et qui, pour des raisons dont l'origine est parfois complexe, a vu cette confiance d'une certaine manière trahie.

Plusieurs dispositions de la loi du 4 mars 2002 tentent de répondre à cette exigence : le fait que l'indemnisation n'intervient qu'à l'issue d'une procédure d'expertise contradictoire et de la délibération d'une commission où les deux parties peuvent s'expliquer ; le fait que, dans le cas d'une responsabilité fautive du professionnel ou de l'établissement, c'est bien l'assureur du responsable qui est l'interlocuteur de la personne victime.

Mais une telle exigence de transparence pour les victimes nécessitait que soit mieux défini ce qui, pour le professionnel, pouvait engager sa responsabilité et ce qui, n'étant pas, devait être assumé par la solidarité nationale.

La troisième préoccupation est de clarifier ce qui est du ressort de la responsabilité du professionnel et ce qui est du ressort de la solidarité nationale. Le fait que pour obtenir réparation il appartenait aux victimes d'apporter la preuve de la faute du professionnel avait

⁹⁹⁷ Proposition de loi présentée par Michel Poniatowski et autres, *Ibidem*.

⁹⁹⁸ Le titre du rapport Salat Baroux était justement : « Les accidents médicaux : réparer sans déresponsabiliser ».

certes compliqué la démarche de ces victimes, mais elle avait aussi laissé planer sur les professionnels de santé une forte pression.

La situation n'était pas plus satisfaisante pour les médecins. Même en ne souhaitant pas s'exonérer de leurs responsabilités, le fait que les tribunaux soient amenés à rechercher une faute afin de justifier l'indemnisation des victimes faisait peser sur eux une suspicion, d'autant que la médiatisation de certains procès ainsi que l'incompréhension devant certaines jurisprudences créaient un sentiment de malaise qui aurait pu les conduire à pratiquer une médecine défensive. Or la médecine, pour être efficace, doit pouvoir prendre des risques.

La loi française a retenu la seule responsabilité pour faute appréciée comme étant un manquement à des soins attentifs et consciencieux réalisés par un professionnel normalement diligent et compétent ou un manquement à des soins conformes aux données acquises de la science au jour de l'acte médical. Les dommages d'origine fautive étant indemnisés sous la responsabilité du professionnel fautif, il appartenait de proposer un financement pour indemniser les accidents non fautifs.

De sa part, le mécanisme assurantiel aurait pu apporter la solution à cette situation. Toutefois, conscient de l'ambiguïté du système qui « pourrait être vécu comme une rupture avec les principes traditionnels de la protection sociale », le rapport de Salat BAROUX préconisait que la loi impose les principes de cotisation unique et de non-bénéfice.

Le fait, par ailleurs, de demander à l'ensemble des assurés sociaux de s'assurer de manière spécifique afin de couvrir les éventuels risques qu'ils prennent quand il se font soigner n'aurait pas manqué de modifier considérablement les relations entre les patients et leur système de santé. La solution de la solidarité nationale s'imposait donc pour financer les conséquences des risques sanitaires non fautifs.

La philosophie des dispositions relatives à la réparation des conséquences des actes sanitaires répond à un souci de pragmatisme. Le législateur français a voulu faciliter l'accès des victimes à l'exercice de leurs droits en matière d'indemnisation des risques sanitaires et sans nier la responsabilité des professionnels de santé, éviter que la pression qui s'exerce sur eux les conduise dans leurs démarches thérapeutiques à une attitude défensive. Y sommes nous parvenus ?

Le dispositif très complexe issu de la loi française du 4 mars 2002 ainsi que les différents décrets d'application combinent les deux moyens de réparation que sont les voies de droit commun et l'indemnisation par le biais de la solidarité nationale. Dès lors, comment doit-on analyser cette combinaison, qui, en principe, ne vaut que s'il existe une coordination et une harmonisation des décisions ? *A priori*, le législateur français n'a pas cherché à anticiper sur les conséquences de la loi mais s'est contenté de doubler les chances d'indemnisation des victimes en un temps record de onze mois sans pour cela provoquer une double réparation du même préjudice. Le cumul des actions est-il possible ? La victime peut-elle agir à la fois devant une juridiction et devant une instance à l'amiable ?

La question qui en découle est celle des conséquences de la dualité des recours et, plus précisément, celle des rapports entre les deux voies d'indemnisation d'autant que les instances créées ont quasiment les mêmes causes et les mêmes objets. Par conséquent, l'analyse va se diviser en deux sections : la première discutera la création et le fonctionnement du système de règlement à l'amiable. La deuxième traitera l'efficacité indemnitaire du système amiable.

Section 1. La création et le fonctionnement du système de règlement à l'amiable

La loi française du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁹⁹⁹ a créé un nouveau dispositif public de règlement amiable des accidents médicaux qui s'ajoute à la voie contentieuse. Ce dispositif s'articule autour de trois institutions :

- 1- La commission nationale des accidents médicaux (CNAMed)¹⁰⁰⁰, placée auprès des ministres chargés de la santé et de la justice, a pour mission d'établir une liste unique d'experts en accidents médicaux, d'assurer un fonctionnement homogène des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation et d'évaluer le fonctionnement de l'ensemble du dispositif.
- 2- Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CRCI), présidées par un magistrat et composées notamment de représentants des associations de victimes, de professionnels de d'établissements de santé, constituent le « guichet unique » auquel les demandeurs doivent s'adresser pour bénéficier de ce dispositif de règlement amiable.

⁹⁹⁹ Loi n° 2002-303, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁰⁰⁰ Art. L. 1141-10 du CSPF.

- 3- L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) qui est constitué sous la forme d'un établissement public administratif et placé sous la tutelle du ministère en charge de la santé.

Dans le cadre du dispositif de règlement amiable des accidents médicaux, l'ONIAM est chargé de mettre à disposition des CRCI les moyens nécessaires à leur fonctionnement ; d'indemniser, au titre de la solidarité nationale, les victimes d'accidents médicaux graves non fautifs aux conséquences anormales¹⁰⁰¹, d'infections nosocomiales graves¹⁰⁰² et les dommages causés sans faute par une activité de recherche biomédicale¹⁰⁰³ ; enfin, d'intervenir dans le cadre amiable en substitution aux compagnies d'assurance en cas de silence ou de refus d'indemnisation de ces dernières, avec faculté de recours contre l'assureur ou le responsable qui encourent une pénalité pouvant être égale à 15 % du montant de l'indemnisation¹⁰⁰⁴.

Par ailleurs, hors de ce dispositif, l'ONIAM indemnise directement, sans l'intermédiaire des CRCI, les dommages imputables à des vaccinations obligatoires¹⁰⁰⁵, à des mesures sanitaires d'urgence¹⁰⁰⁶, à des contaminations par voie sanguine par le VIH¹⁰⁰⁷ et le VHC¹⁰⁰⁸.

Dans le cadre contentieux¹⁰⁰⁹, l'ONIAM est également chargé d'assurer les obligations indemnitaires de l'association France Hypophyses dans le cadre des contaminations par la maladie de Creutzfeldt-Jacob suite au traitement par l'hormone de croissance d'origine extractive¹⁰¹⁰.

Enfin, l'ONIAM héberge l'observatoire des risques médicaux¹⁰¹¹ (ORM) chargé de publier la statistique relative à la sinistralité en matière d'actes de soins.

¹⁰⁰¹ Art. L. 1141-1, II, du CSPF.

¹⁰⁰² Art. L. 1142-1-1, 1° du CSPF.

¹⁰⁰³ Art. L. 1142-3 et L. 1121-10 du CSPF.

¹⁰⁰⁴ Art. L. 1142-15 du CSPF.

¹⁰⁰⁵ Art. L. 3111-9 du CSPF, depuis le 1^{er} janvier 2006.

¹⁰⁰⁶ Art. L. 3131-4, première mise en œuvre pour le vaccin contre la grippe A (H1N1) en 2009, à compter de l'arrêté ministériel du 4 novembre 2009.

¹⁰⁰⁷ Art. L. 3122-1 du CSPF, depuis le 1^{er} janvier 2006.

¹⁰⁰⁸ Art. L. 1221-14 du CSPF, depuis le 1^{er} juin 2010.

¹⁰⁰⁹ Le dispositif de règlement amiable continue à relever du ministère chargé de la Santé.

¹⁰¹⁰ Art. L. 1141-22, alinéa 3 du CSPF, depuis 1^{er} janvier 2003.

¹⁰¹¹ Art. L. 1141-29 du CSPF.

Parmi ces trois institutions précédentes, dans notre logique, l'essentiel du système de l'indemnisation à l'amiable se manifeste par les CRCI. Pour cette raison, l'on discutera d'une part, le système de l'amiable avec le fonctionnement des CRCI (§1) et d'autre part, la nature et les effets juridiques des actes de celles-ci (§2).

§ 1. Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux

Après plus de quatre mille cas qui ont été réglés par ces commissions, reste la question du succès du dispositif, un objet de contestation entre les auteurs. L'accès au mécanisme reste toutefois limité, et les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation examinent pour chaque demande si les conditions énoncées aux articles L. 1141-1 et suivants du Code de la santé publique français sont satisfaites. Ce « droit nouveau » fait ainsi l'objet d'une application propre par chaque pôle des CRCI et, des divergences d'interprétations sont inévitables lesquelles peuvent être perçues comme potentiellement sources d'inégalités. Dans cette optique, sera présentée d'abord, la procédure de règlement amiable (A) afin d'introduire ensuite le sujet, plus complexe, des frontières de l'indemnisation des accidents médicaux (B).

A. La procédure de règlement amiable devant les CRCI

La voie du règlement amiable devant les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation n'est pas un préalable obligatoire. Le demandeur reste libre à tout moment de saisir la juridiction compétente, notamment pour obtenir une indemnisation à la charge de l'ONIAM¹⁰¹².

La procédure de règlement amiable est guidée par trois principes, la gratuité, la facilité et la rapidité. Concernant le premier, aucun frais de procédure n'est demandé au requérant et les frais d'expertise sont pris en charge par l'ONIAM qui peut les refacturer à l'assureur du responsable si ce dernier fait une offre. Puis, pour le deuxième, la saisine se réalise par l'envoi d'un simple formulaire administratif. La CRCI prend ensuite en charge l'instruction. Le ministère d'avocat est possible, mais non obligatoire. Enfin, à propos du principe de rapidité, la commission régionale doit se prononcer dans un délai de six mois suivant le dépôt du dossier complet¹⁰¹³. En cas d'avis d'indemnisation, le régleur assureur ou l'ONIAM, dispose

¹⁰¹² Sauf décision intervenue ayant autorité de la chose jugée.

¹⁰¹³ Pour les délais d'instruction par les CRCI, voir rapports semestriels successifs de l'ONIAM disponibles sur le site web de l'ONIAM, www.oniam.fr

d'un délai de quatre mois pour faire une offre et d'un mois pour procéder au règlement après acceptation de l'offre par la victime.

Aux termes de l'article L. 1142-II du Code de la santé publique français lorsque la responsabilité du professionnel n'est pas engagée, 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 comme de l'évolution prévisible de celui-ci.

L'énoncé de ce principe rappelle le fameux arrêt *Bianchi*, évoqué précédemment, par lequel le Conseil d'État français avait le premier ouvert la porte, certes étroite, de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique. Toutefois, trois conditions cumulatives sont posées à l'application de la solidarité nationale. Le dommage doit être directement imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Il doit avoir des conséquences anormales au regard de l'état de santé du patient et de l'évolution prévisible de cet état. Il doit aussi présenter un certain caractère de gravité fixé par décret.

Pour être indemnisé sur le fondement de la solidarité nationale, les dommages dont il est demandé réparation doivent être supérieurs à l'un des seuils alternatifs de gravité suivants¹⁰¹⁴ : une atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieure à 24 %, une durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles au moins égale à six mois consécutifs ou non consécutifs sur une période de douze mois¹⁰¹⁵. À titre exceptionnel, le dommage sera considéré comme remplissant la condition de gravité en cas d'incapacité définitive à l'exercice de l'activité professionnelle antérieure ou de troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence.

En deçà de ces seuils de gravité, la commission régionale peut être saisie d'une demande de conciliation en application des articles R. 1142-19 et suivants du Code de la santé publique. L'Office n'est pas compétent pour connaître de l'accident. Ces seuils mesurent l'effort consenti par la solidarité nationale tant du point de vue de la prise en charge de

¹⁰¹⁴ Exception par l'article L. 1142-3 du CSPF : les CRCI et l'ONIAM sont compétents pour connaître des dommages imputables à une recherche biomédicale sans condition de gravité.

¹⁰¹⁵ Art. 112 de la loi française n° 2009-526 du 12 mai 2009, JO du 13 mai 2009, n° 110, p. 7920.

l'indemnisation par l'ONIAM que du point de vue des frais de procédure CRCI et d'expertise assumés par l'Office. Dans ce même raisonnement, tenant à l'effort consenti par la solidarité nationale, le législateur français de 2002 a opéré un choix en matière de périmètre des bénéficiaires de l'indemnisation par l'ONIAM. Ce contexte conduit à s'interroger sur les différents types d'avis rendus par les CRCI (I), ainsi que sur les procédures d'indemnisation devant l'ONIAM (II).

I. Les avis rendus par les CRCI

Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation doivent rendre un avis sur les caractéristiques du dommage ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable. Elles constituent un rouage essentiel de la procédure d'indemnisation en jouant, en quelque sorte, une fonction d'aiguillage de la victime vers des circuits de réparation différents. Trois grands types d'avis sont susceptibles d'être rendus par les CRCI :

Premièrement, les déclarations d'incompétence ou d'irrecevabilité : les CRCI peuvent, en premier lieu, écarter la demande d'indemnisation formulée par la victime en se déclarant incompétentes lorsque le dommage n'est pas suffisamment sérieux, ou en déclarant la demande irrecevable. La compétence des commissions s'établit essentiellement au regard des critères de gravité du dommage fixés par l'article D. 1142-1 du Code de la santé publique français. Le critère de la date de l'acte médical litigieux conditionne, quant à lui, l'application de l'ensemble du dispositif législatif. Le rejet pour irrecevabilité vient sanctionner une demande mal dirigée, incomplète ou hors du champ d'application de la loi. Ce type de déclarations sera postérieurement objet d'une analyse approfondie.

Deuxièmement, Les avis rejetant au fond la demande d'indemnisation : dans certaines hypothèses, tout en se déclarant compétente et en estimant le dossier recevable, la CRCI rejette au fond la demande d'indemnisation après avoir diligenté une expertise. Tel est le cas lorsque le lien de causalité entre l'acte médical et le dommage n'est pas établi, ou lorsque les dommages subis par la victime sont insusceptibles d'être rattachés à un comportement médical fautif ou à la survenance d'un aléa thérapeutique, mais trouvent leur source dans l'état antérieur de celle-ci.

Troisièmement, les avis recommandant l'indemnisation de la victime : les commissions peuvent enfin, si les conditions sont remplies, rendre des avis concluant à l'indemnisation de

la victime. Tel a été le cas d'un peu plus de la moitié des avis rendus après expertise. Deux possibilités s'offrent aux commissions : décider que le dommage trouve sa source dans une faute ou, s'agissant des établissements de santé, dans une infection nosocomiale, auquel cas l'indemnisation sera à la charge de l'assureur de l'établissement ; ou au contraire, décider que le dommage relève d'un aléa thérapeutique ou qu'il s'agit d'une infection nosocomiale d'une gravité particulière auquel cas il appartiendra à l'ONIAM de transiger avec la victime au titre de la solidarité nationale.

Dans le premier cas, la CRCI oriente le demandeur vers l'assureur du professionnel ou de l'établissement de santé mis en cause qui doit alors lui faire une offre d'indemnisation dans un délai de quatre mois. Si la victime trouve l'offre de l'assureur insuffisante, elle peut la refuser et saisir le juge compétent tout comme en l'absence d'offre. Si le juge considère que cette offre était manifestement insuffisante, il condamne en outre l'assureur à verser à l'Office une somme égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue, sans préjudice d'éventuels dommages-intérêts à la victime. Dans ce cas de figure, la CRCI joue un rôle de médiateur, d'incitateur au paiement à l'amiable. Dans le second cas, la CRCI dirige la victime vers l'ONIAM, qui doit également faire une offre d'indemnisation à la victime. Celle-ci dispose là encore de la faculté de ne pas accepter l'offre et de saisir le juge compétent.

L'avis concluant à l'indemnisation poursuit ainsi une double finalité : il détermine l'identité du payeur et permet à ce dernier de disposer de tous les éléments lui permettant de chiffrer le préjudice subi par la victime et de lui proposer ainsi une indemnité. L'avis sert de base à la future offre transactionnelle. À cette occasion, il convient de s'interroger sur les effets indemnitaires et juridiques des avis des CRCI envers l'ONIAM surtout dans les cas de l'indemnisation sur le fondement de la solidarité nationale.

II. Les procédures d'indemnisation devant l'ONIAM

Lorsque la victime a entrepris une procédure devant une CRCI et que la commission conclut à un aléa ou à une infection nosocomiale grave, elle transmet un avis en ce sens à l'ONIAM en précisant par ailleurs la nature des préjudices subis par la victime, ou par ses ayants droit, ainsi que leur étendue. Dans ce contexte, il est important de dire que l'ONIAM

n'est pas lié par les avis des CRCI¹⁰¹⁶. Dans le cas où le traitement de la proposition d'indemnisation lui incombe, l'ONIAM suit l'avis des CRCI dans la quasi-totalité des cas mais il n'y est juridiquement pas tenu.

L'ONIAM intervient alors comme débiteur direct, au titre de la solidarité nationale. La commission ne se prononce pas sur le montant de l'indemnisation mise ainsi à la charge de la solidarité nationale. Le calcul de ce montant, pour chacun des postes de préjudices énumérés par l'avis de la CRCI, relève de la compétence de l'Office. Il faut noter que cette compétence de l'ONIAM est susceptible d'avoir un impact sur des procédures juridictionnelles engagées, lorsqu'une juridiction, directement saisie d'une demande d'indemnisation sans qu'une demande ait été présentée à l'ONIAM, estime que ces dommages sont indemnifiables au titre de la solidarité nationale. L'Office est appelé en la cause par le juge.

Dans l'objectif d'indemniser la victime de l'accident médical, et pour maintenir une justice sociale, s'il y a une personne physique ou morale considérée comme responsable du dommage mais que l'assureur est défaillant, l'ONIAM lui est substitué. Il intervient pour faciliter l'exercice des droits de la victime¹⁰¹⁷. En cas de refus ou d'absence d'offre de la part de l'assureur dans le délai de 4 mois prévu par la loi, ou bien si la couverture d'assurance est épuisée ou si le responsable des dommages n'est pas assuré, la victime peut se retourner vers l'Office pour obtenir une proposition d'offre réalisée sur la base de l'avis de la CRCI.

En la matière, le législateur a ouvert la possibilité pour l'ONIAM d'engager des actions subrogatoires pour récupérer les sommes qu'il a versées à la victime auprès des personnes responsables du dommage auxquelles il a seulement été substitué pour faciliter l'indemnisation. Á l'inverse, lorsque l'ONIAM intervient au titre de la solidarité nationale, les tiers payeurs ayant versé des prestations à la victime d'un dommage corporel ne disposent pas d'un recours subrogatoire à son encontre, l'ONIAM n'étant pas un « auteur responsable des dommages » au sens de l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale français¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁶ CE, Avis, 10 octobre 2007, *M. Sachot*, AJDA, 2007, p. 2328 ; CAA, Versailles, ord. 12 janvier 2006, *consorts P.*, D. 2006, p. 2140, note Didier THOUVENIN ; TGI Bobigny, 16 février 2006, *M. Djahi*, D. 2006, p. 2140, note Didier THOUVENIN.

¹⁰¹⁷ Art. L. 1142-15 du CSPF.

¹⁰¹⁸ CE, Avis, 22 janvier 2010, *M. Coppola*, n° 332716, www.legifrance.gouv.fr

Par ailleurs, en matière de responsabilité pour faute, il semble normal que le responsable indemnise toutes les conséquences dommageables de ses fautes. En revanche, les articles L. 1142-1, II et suivants du Code de la santé publique français limitent l'intervention de la solidarité nationale à *la réparation des préjudices du patient et, en cas de décès, de ses ayants droit*. Aussi, l'effort de la solidarité nationale ne conduit-il pas à indemniser les préjudices des victimes par ricochet au titre du handicap d'une victime directe vivante. Cette situation variable conduit à analyser au fond les frontières de l'indemnisation des accidents médicaux par la solidarité nationale.

B. Les frontières de l'indemnisation des accidents médicaux par la solidarité nationale

En matière d'accidents médicaux ou d'affections iatrogènes, en plus des conditions cumulatives de recevabilité de la demande, les contours de l'intervention de la solidarité nationale définis par le législateur français supposent que soient réunies toutes les conditions cumulativement fixées par l'article L. 1142-1, II du Code de la santé publique français, qui sont autant d'interrogations juridiques.

La loi du 4 mars 2002 a instauré un nouveau droit à indemnisation de l'accident médical non fautif ainsi défini : *Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement [...] ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvrent 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*¹⁰¹⁹. Le législateur n'a donc pas entendu indemniser tout accident médical, pas même tout aléa médical, mais seulement les accidents médicaux non fautifs répondant aux conditions fixées par l'article susvisé.

L'intervention de la solidarité nationale suppose un accident médical non fautif (I) et n'engageant pas la responsabilité du médecin traitant (II). Au préalable, indiquons que l'ONIAM fonctionne sous contrôle du juge et que nombre de ces questions restent encore à trancher par les juridictions afin de définir les contours de l'effort consenti par la solidarité

¹⁰¹⁹ Art. L. 1142-1, II, du CSPF.

nationale. Aussi ne s'agit-il pas ici de prétendre répondre à toutes ces interrogations mais de proposer leur analyse sous forme de questions de droit et d'indiquer l'état de la jurisprudence.

I. Un accident médical non fautif

En application des articles L. 1142-1 et suivants du Code de la santé publique, ne sont de la compétence des commissions régionales et n'ouvrent droit à réparation par l'Office que les conséquences dommageables d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins.

Or, la jurisprudence administrative française récente rappelle que l'accouchement naturel survenu sans anesthésie ni césarienne et sans manœuvre obstétricale ni l'instrumentalisation ne saurait être considéré comme un acte de soin, même s'il a eu lieu dans un établissement de santé. Dans son arrêt du 3 juillet 2007, la cour administrative d'appel de Douai a ainsi considéré qu'« *un accouchement par voie basse ne constitue pas un acte médical dont les risques devraient être portés préalablement à la connaissance de la future accouchée en l'absence de risques particuliers liés à l'état de la parturiente ou de son enfant, rendant prévisible l'exécution d'actes médicaux et justifiant notamment qu'un accouchement par césarienne soit envisagé ; [...] la dystocie des épaules pouvant être présentée par l'enfant à naître n'est pas la conséquence d'un acte médical, mais constitue une circonstance de fait qui n'est pas de nature par elle-même à fonder un droit à réparation* »¹⁰²⁰.

Dans le même sens, il en est ainsi du décès ou de l'hystérectomie survenus dans les suites d'une hémorragie de la délivrance dès lors qu'aucun retard de prise en charge ne peut être imputé au gynécologue ou à la sage-femme¹⁰²¹ ou encore des conséquences d'une embolie amniotique¹⁰²². De même, la question de l'imputabilité d'un plexus brachial à une manœuvre obstétricale se pose systématiquement dans la mesure où les experts décrivent largement que l'acte naturel d'accouchement peut occasionner un plexus brachial même sans manœuvre obstétricale et du simple fait des poussées d'expulsion.

Pour autant, il ne s'agit naturellement pas de considérer qu'aucun accident de naissance, préjudiciable à la mère ou à l'enfant, n'ouvre droit à indemnisation. Il s'agit d'apprécier l'imputabilité directe des dommages à une manœuvre obstétricale déterminée et non

¹⁰²⁰ CAA Douai, 03 juillet 2007, *Mme Sylvianne et M. David / CH de la région de Saint-Omer*, n° 06DA01178, Inédit au recueil Lebon.

¹⁰²¹ TA Amiens, 06 décembre 2007, n° 0501364, Inédit au recueil Lebon.

¹⁰²² CAA Nancy, 14 février 2008, n° 06NC01561, Inédit au recueil Lebon.

simplement à l'acte naturel d'accouchement. Il est ainsi indispensable d'identifier, à l'occasion de l'expertise, un acte de soins à l'origine du dommage. L'imputabilité à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins interroge également sur la question de la chirurgie esthétique.

La pratique de la chirurgie esthétique est certes une pratique encadrée par le ministère chargé de la santé. Néanmoins, les risques ainsi réalisés doivent-ils être supportés par la société ? La personne qui s'expose à ces risques sans nécessité médicale doit-elle, en application de la théorie de l'acceptation des risques, en supporter la réalisation, le cas échéant par le recours à des assurances à contribution volontaire du type garantie des accidents de la vie ? Comme dans le cadre de la jurisprudence antérieure à la loi du 4 mars 2002¹⁰²³, l'acte d'anesthésie doit-il, en toute hypothèse, être considéré comme un acte de soins et l'accident d'anesthésie non fautif peut-il, à ce titre, faire l'objet d'une prise en charge au titre de la solidarité nationale indépendamment des raisons qui ont conduit à pratiquer l'anesthésie (chirurgie de confort, rituelle ou esthétique) ? Toutes ces questions sont actuellement pendantes devant les juridictions.

En revanche, Il est utile de dire que l'échec thérapeutique non fautif n'ouvre pas droit à une indemnisation au titre de la solidarité nationale. En effet, les professionnels de santé n'ont pas à supporter une obligation de résultat, autrement dit une obligation de guérir, une telle obligation ne saurait non plus être supportée par la société au titre de la solidarité nationale. Un accident médical non fautif ne peut se déduire de la seule absence de réussite de l'acte médical et de l'apparition d'un préjudice lequel peut être en relation avec l'état antérieur du patient sans pour autant constituer un aléa thérapeutique. Dans ce cas, aucun dommage n'est imputable à l'acte de soins, le patient étant seulement et regrettablement victime de l'évolution de sa pathologie pour son propre compte malgré des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science.

Enfin, à la différence des solutions offertes en jurisprudence française en matière de responsabilité hospitalière, les dispositions législatives exigent, pour fonctionner, l'intervention de la solidarité nationale une imputabilité « directe » du dommage à un acte de soins. L'aléa médical ne se présume donc pas ; il ne saurait se déduire du simple constat de

¹⁰²³ CE, 03 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, op. cit.

l'existence de troubles dans les suites d'un acte de soins. Á défaut de pouvoir expliquer de manière certaine l'étiologie de la complication, il n'y a pas plus de raisons de l'imputer à l'acte de soins qu'à la pathologie initiale du patient. Aussi l'appréciation de l'expert et la description de l'étiologie de la complication revêtent-elles une importance particulière dans l'appréciation des conditions d'intervention de la solidarité nationale.

II. Le caractère subsidiaire de l'aléa par rapport à la responsabilité des acteurs de santé

L'article L. 1142-1, II du Code de la santé publique français précise que l'accident médical n'est susceptible d'être indemnisé par la solidarité nationale que lorsque la responsabilité d'un acteur de santé n'est pas engagée.

Á cet égard, l'imprudence ou la maladresse sont regardées par la jurisprudence administrative, même postérieures à la loi du 4 mars 2002, comme engageant la responsabilité hospitalière. La frontière entre maladresse fautive et un éventuel aléa doit, comme par le passé, continuer à reposer sur une analyse des circonstances particulières ayant créé un risque opératoire inhabituel, notamment l'anomalie anatomique non connue chez un patient¹⁰²⁴. L'obligation de maîtrise du geste chirurgical est rappelée par le juge dans l'hypothèse où le professionnel lèse un organe non concerné par l'intervention. Á ce titre, l'aléa doit demeurer le risque imprévisible et non maîtrisable, sans dérive du domaine de la responsabilité et de l'assurance professionnelle vers celui de la solidarité nationale.

La question de l'application du principe de subsidiarité de l'intervention de la solidarité nationale par rapport au régime de responsabilité est actuellement pendante devant le Conseil d'État français. Les travaux préparatoires de la loi Kouchner du 4 mars 2002, instaurant l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique français¹⁰²⁵, précisent que l'aléa médical peut être défini comme un événement dommageable au patient sans qu'une maladresse ou une faute quelconque puissent être imputées au praticien, et sans que ce dommage se relie à l'état initial du patient ou à son évolution prévisible. Cette définition implique que l'accident ait été imprévisible au moment de l'acte ou qu'il ait été prévisible, mais connu comme tout à fait exceptionnel de sorte que le risque était justifié au regard du bénéfice attendu de la thérapie.

¹⁰²⁴ TGI Paris, 26 janvier 2010, n° 08/06179, Inédit.

¹⁰²⁵ Claude HURIET et autres, *proposition de loi n° 277 relative à l'indemnisation de l'aléa médical et à la responsabilité médicale*, rapport fait au nom de la commission des affaires sociales le 19 avril 2001.

Les travaux parlementaires précisent également la notion de faute, les parlementaires ayant entendu indiquer que l'Assemblée nationale, à l'initiative de son rapporteur M. Claude Évin, a souhaité que les règles législatives définissant la responsabilité des professionnels de santé ne soient pas moins exigeantes que celles posées par les jurisprudences judiciaires et administratives¹⁰²⁶. En apportant cette précision, ce rappel à la jurisprudence habituelle des juridictions et en ajoutant que les seules exceptions à la responsabilité pour faute étaient à la charge des acteurs de santé, les responsabilités objectives fondées sur les infections nosocomiales et les produits de santé, le législateur de 2002 a affiché entendre la notion de « faute » dans toute son acception.

Le principe de subsidiarité pose la question de la recevabilité des situations de partage entre faute technique et aléa. Qu'en est-il lorsque la faute n'entraîne qu'une perte de chance ? Une indemnisation, pour le surplus, peut-elle être mise à la charge de l'ONIAM ? Dans l'affirmative, comment s'apprécient les seuils de gravité du dommage : sur le dommage global ? Ou sur la part de dommage mise à la charge de la solidarité nationale ?

La question soumise à l'appréciation des juridictions se pose dans les termes suivants : dans les hypothèses de partage de causalité dans la survenance d'un dommage, il faut supposer que deux événements successifs entraînent deux accidents médicaux successifs et distincts. Il convient alors de distinguer entre deux séries de circonstances, selon que la faute a précédé ou suivi le fait non fautif.

Dans la séquence faute technique puis aléa, il est possible de considérer que, sans la complication fautive, aucun aléa ne se serait produit dans la prise en charge de cette complication et l'entier préjudice doit alors être placé à la charge du responsable fautif. Le caractère complémentaire subsidiaire de l'aléa par rapport à la faute devrait alors être affirmé, y compris si la faute technique n'ouvre droit à réparation qu'au titre d'une perte de chance.

Dans la séquence aléa puis faute technique de prise en charge de la complication non fautive, une part d'indemnisation doit rester à la charge du responsable au titre de la part du dommage imputable à la faute.

¹⁰²⁶ FAUCHON Pierre, avis de la commission des lois n° 175, *Droit des malades et qualité du système de santé*, première lecture, Librairie du Sénat, 2001-2002, p. 48.

Dans ce contexte, la juridiction administrative doit alors s'interroger sur le fait de savoir si le principe de subsidiarité fait exclure tout partage ou si l'autre part d'indemnisation peut être mise à la charge de la solidarité nationale si les conditions d'imputabilité, d'anormalité et de gravité du dommage sont remplies.

Par contre, en matière de manquement à l'obligation d'information, l'ONIAM devant certaines CRCI et devant certaines juridictions, comme en témoigne l'arrêt rendu par la première chambre de la Cour de cassation¹⁰²⁷, a pu essayer par la démonstration d'un manquement à l'obligation d'information, non plus de rechercher un partage de responsabilité, mais une responsabilité exclusive du fautif. L'argumentation des conseils de l'ONIAM repose sur le principe selon lequel l'ONIAM n'est qu'un débiteur subsidiaire en présence d'une faute. En cas de faute, technique ou éthique, il n'aurait vocation à intervenir que pour suppléer la carence d'un assureur de responsabilité défaillant, conformément aux dispositions de l'article L. 1142-15 du Code de la santé publique français.

Bref, à suivre cette argumentation, au motif qu'une faute a été commise, l'indemnisation ne peut relever en tout ou partie de l'ONIAM, l'obligation d'indemnisation au titre de la solidarité nationale n'étant que subsidiaire. Il nous semble qu'il faut en réalité distinguer plusieurs situations :

La première, si une faute a rendu possible la réalisation d'un aléa, il semble cohérent, d'un point de vue causal, que la faute absorbe l'aléa. La faute apparaît comme étant la cause adéquate du dommage, car elle a rendu possible l'aléa. Dans une telle hypothèse, seul l'assureur de responsabilité civile du praticien en cause doit indemniser la victime et il ne pourra utiliser l'aléa pour réduire le droit à réparation de la victime ou sa contribution à la dette. Aussi ce n'est pas le rôle subsidiaire de l'ONIAM qui justifie sa mise hors de cause, mais bien l'absence de causalité entre un événement dont il doit normalement répondre et le dommage subi par la victime ;

La deuxième, En présence d'un aléa dont les conséquences ont été aggravées par une faute¹⁰²⁸, le lien de causalité nous paraît divisible. L'ONIAM indemnise les conséquences de

¹⁰²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2010, *M. X.*, n° 09-11270, Bull. 2010, I, n° 63.

¹⁰²⁸ Par exemple, un hématome ayant une origine fortuite qui comprime un nerf et un retard de diagnostic de cette complication.

l'aléa telles qu'elles auraient été sans la faute qui a suivi et l'assureur de responsabilité civile les conséquences de la faute.

La troisième, pour en venir à l'hypothèse qui concerne l'affaire jugée le 11 mars 2010 devant la Cour de cassation française, en présence d'un manquement à l'obligation d'information et d'un aléa thérapeutique, l'ONIAM ne peut se cacher derrière cette faute pour échapper à ses obligations. Certes, la faute a précédé l'aléa, mais il s'agit ici de deux préjudices distincts. Le manquement à l'obligation d'information constitue une perte de chance d'éviter l'acte médical alors que les conséquences de l'aléa relèvent du champ de compétence de l'ONIAM. Á chacun son préjudice, la perte de chance pour l'assureur de responsabilité et les conséquences de l'aléa non déjà réparées pour l'ONIAM.

Ce raisonnement suivi par la Cour de cassation française mérite d'être salué. Il va mettre fin à une pratique dont certaines victimes d'un manquement à l'obligation d'information ont pu faire les frais.

Enfin, s'il approuve cette situation de partage aléa/faute technique, la juridiction administrative devra le cas échéant placer l'entier préjudice à la charge du responsable fautif s'il est possible d'affirmer que, sans les fautes commises dans la prise en charge de la complication aléatoire, la part du dommage imputable à l'aléa n'aurait causé aucun dommage ou aurait causé un préjudice inférieur aux seuls requis pour l'intervention de la solidarité nationale.

Les interrogations concernant le fonctionnement du système de l'indemnisation des accidents médicaux à l'amiable illustré par les CRCI ne se limitent pas à ce stade. Il arrive qu'une CRCI se déclare incompétente et prive la victime de se faire indemniser sur le fondement de la solidarité nationale. Á cette occasion, l'on doit s'interroger sur la nature et les effets juridiques des actes des CRCI.

§ 2. La nature et les effets juridiques des actes des CRCI

Pour le législateur français de la loi du 4 mars 2002, la question de la nature juridique des actes des CRCI lui échappe. Dans la logique juridique, une discussion complète d'une institution juridique quelconque telle les CRCI ne peut être menée sans aborder la question des effets juridiques des avis rendus par les CRCI. Il a fallu attendre les interventions

jurisprudentielles pour statuer en la matière. C'est un avis rendu par le Conseil d'État français le 10 octobre 2007 qui fournit une réponse.

Le Conseil d'État français, aux termes de cet avis¹⁰²⁹, apporte une précision d'importance sur la place effective qu'occupent les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales dans le paysage judiciaire. C'est une saisine de la CRCI de Corse qui est à l'origine de l'affaire dont a été saisi le Conseil d'État. Cette CRCI s'était déclarée incompétente au motif que le seuil de gravité du préjudice de la victime n'était pas atteint. Souhaitant contester cette déclaration d'incompétence, le requérant a saisi le tribunal administratif de Bastia d'un recours pour excès de pouvoir. Le tribunal, le 12 septembre 2005, a rejeté sa demande au motif que « *les décisions et les avis rendus par les CRCI doivent être regardés comme intervenus pour le compte de l'ONIAM, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que ce dernier se trouve en situation de compétence liée pour mettre en application les avis délibérés par les CRCI siégeant collégalement en formation de règlement amiable* »¹⁰³⁰. Cependant, le tribunal considère que le refus opposé par la CRCI « *est une décision administrative faisant grief prise pour le compte d'un établissement public à caractère administratif dont le tribunal administratif, juge de droit commun du contentieux administratif, est seul compétent pour connaître en premier ressort* ».

Le plaignant a entendu contester cette décision et a diligenté un appel devant la cour administrative d'appel de Marseille. Avant de statuer sur le fond du dossier, la cour a sollicité l'avis du Conseil d'État sur trois questions formulées de la manière suivante :

- 1- La déclaration par laquelle une CRCI rejette pour irrecevabilité ou « incompétence » la demande de la victime constitue-t-elle un acte détachable de l'action en indemnisation devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ou administratif ?
- 2- Une telle déclaration peut-elle faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ?
- 3- Dans l'affirmative, l'ONIAM doit-il être appelé en la cause en qualité de défendeur ?

La réponse à ces questions d'une grande technicité nécessite au préalable de préciser le statut juridique des CRCI (A), afin de définir le régime juridique des actes qu'elles prennent (B).

¹⁰²⁹ CE, Avis, 10 octobre 2007, *M. Sachot*, AJDA, 2007, p. 2328, concl. J-Ph. Thiellay.

¹⁰³⁰ TA Bastia, 12 septembre 2005, *M. Charles Sachot*, AJDA, 2005, p. 2187.

A. La nature juridique des CRCI

La loi du 4 mars 2002 n'a apporté aucune précision quant à la nature juridique des CRCI. Il est toutefois aisé d'écarter la qualification de juridiction : le fait que les commissions aient été créées par le législateur, qu'elles soient placées sous la présidence d'un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire¹⁰³¹, que leurs décisions soient prises collégalement¹⁰³² par des membres dont le Code de la santé publique¹⁰³³ exige l'indépendance¹⁰³⁴ et l'impartialité ne permet pas de constituer un faisceau d'indices suffisants pour attribuer aux CRCI un statut juridictionnel, d'autant qu'aucune voie de recours n'a été organisée par le législateur.

De son côté, le tribunal administratif de Bastia n'avait d'ailleurs pas manqué de souligner que « *la décision par laquelle une CRCI rejette une demande tendant à ce qu'elle formule un avis sur la réparation des dommages subis par la victime d'un accident médical ne constitue pas une décision juridictionnelle à l'encontre de laquelle des voies de recours pourraient être exercées, selon le cas, devant une juridiction d'appel ou de cassation relevant de l'un ou de l'autre ordre de juridiction* ».

La cour administrative d'appel de Versailles s'est elle aussi prononcée en ce sens, affirmant que la CRCI est un « *organisme dépourvu de caractère juridictionnel, en dépit des garanties d'impartialité et d'indépendance qui lui sont reconnues par la loi* »¹⁰³⁵. Cette position était également très majoritairement celle de la doctrine¹⁰³⁶, même s'il se trouvait toujours des voix dissidentes¹⁰³⁷.

L'avis contentieux du Conseil d'État français du 10 octobre 2007 vient confirmer le caractère non juridictionnel des CRCI et les qualifie de « *commissions administratives* » mais dont la mission n'est que préparatoire, ce qui relève du bon sens, pour ne pas dire de

¹⁰³¹ Signe, parmi d'autres, du caractère juridictionnel d'un organe : voir les conclusions du commissaire du gouvernement ODENT sur CE, ass., 07 février 1947, *d'Aillères*, RDP, 1947, p. 68.

¹⁰³² CE, ass., 07 février 1947, *d'Aillères*, Rec. CE, 1947 p. 50.

¹⁰³³ Art. L. 1142-6 du CSPF.

¹⁰³⁴ Sur l'indépendance des membres de l'organe comme signe, parmi d'autres, de son caractère juridictionnel, voir les conclusions LÉONARD sur CE, ass., 19 février 1943, *Bugnet*, Droit social, p. 173.

¹⁰³⁵ CAA Versailles, ord. 12 janvier 2006, *consorts P.*, op. cit.

¹⁰³⁶ LECA Annick, « *la nature juridique des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* », in Gérard MÉMETEAU (dir.), Manuel des CRCI, LEH, 2004, p. 89 ; Didier THOUVENIN, « *Les liens entre un avis de la CRCI et la proposition d'indemnisation* », D., 2006, p. 2144.

¹⁰³⁷ MÉMETEAU Gérard, « *les Commissions régionales, interférences avec les procédures juridictionnelles* », in Gérard MÉMETEAU (dir.), op. cit., p. 211 et s.

l'évidence : l'intervention des CRCI ayant été conçue comme un mode de règlement alternatif au procès, il aurait été malvenu de les qualifier de juridiction. Le Conseil d'État précise que leur mission « *est de faciliter, par des mesures préparatoires, un éventuel règlement amiable des litiges relatifs à des accidents médicaux, des affections iatrogènes ou des infections nosocomiales* ».

La qualification de commission administrative, relativement large, dispense les Hauts magistrats de trancher le débat doctrinal relatif à la nature véritable des CRCI, certains avançant la qualification d'autorité administrative indépendante¹⁰³⁸, d'autres la réfutant¹⁰³⁹. En tous cas, la nature administrative des CRCI conduit inéluctablement à s'interroger sur les régimes des actes qu'elles prennent.

B. Les déclarations d'incompétence des CRCI, des actes ne faisant pas grief

Le Conseil d'État français en choisissant de fermer tout recours contentieux direct contre les déclarations d'incompétence prononcées par les CRCI prend le contre-pied de la lecture généralement faite par la doctrine du dispositif issu de la loi du 4 mars 2002 (I). Cette solution est toutefois relativement opportune, si l'on considère que l'intervention du juge de l'excès de pouvoir aurait plus d'effets nocifs que bénéfiques pour les justiciables (II).

I. le régime juridique des déclarations d'incompétence

Les textes législatifs distinguent d'une part, les « avis » qui permettent de déclencher la procédure aboutissant à l'indemnisation et, d'autre part, les « déclarations d'incompétence » qui interviennent lorsque le dommage n'atteint pas le seuil de gravité exigé par la loi ou lorsque la demande est irrecevable.

Pour ce qui concerne les avis, le législateur français a précisé qu'ils peuvent uniquement être contestés à l'occasion de l'action en indemnisation introduite devant la juridiction compétente par la victime ou des actions subrogatoires¹⁰⁴⁰. En revanche, le seul article encadrant les déclarations d'incompétence, de nature réglementaire, se contente d'indiquer que

¹⁰³⁸ CHIAVERINI Philippe, MARTINEZ Éric, MICHELANGELI Laure, *Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, Les Études hospitalières, 2004, p. 15 et 69 ; Pierre Moreau, « *les CRCI : ni placebo, ni panacée* », JCPA, 2006, 1059.

¹⁰³⁹ LECA Annick, « *la nature juridique des CRCI* », op. cit, p. 99 ; BLANCO Franck, *La loi du 4 mars 2002 et les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation*, PUAM, 2005, p. 87 et s.

¹⁰⁴⁰ Art. L. 1142-8 alinéa 3 du CSPF.

les parties en sont informées par lettre recommandée avec accusé de réception, lettre qui invite également la victime à saisir à nouveau la CRCI en vue d'une conciliation¹⁰⁴¹. C'est dire si la marge d'appréciation quant à établir si la déclaration peut ou non faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir est considérable.

Certains commentateurs de la loi du 4 mars 2002 en se fondant sur le fait que la déclaration d'incompétence marque la clôture de la procédure amiable, ne laissant au requérant d'autre choix que d'abandonner, saisir le juge ou tenter une conciliation, en ont déduit que cet acte faisait grief à la victime et pouvait être attaqué en excès de pouvoir¹⁰⁴². Le tribunal administratif de Bastia¹⁰⁴³ a également statué en ce sens en affirmant que la déclaration d'incompétence doit s'analyser comme « un refus de proposition constitutif d'une décision administrative faisant grief ». Selon cette logique, les déclarations d'incompétence peuvent être attaquées en excès de pouvoir car elles emportent des effets radicaux, faisant se dresser un obstacle infranchissable entre la victime et l'ONIAM et, privent définitivement le justiciable du bénéfice d'une procédure rapide, gratuite et de qualité.

C'est pourtant celle pour laquelle le Conseil d'État a opté dans son avis contentieux du 10 octobre 2007. Il affirme en effet, que « *comme l'avis au fond sur la demande d'indemnisation, la déclaration par laquelle une commission s'estime incompétente pour connaître de la demande ou estime celle-ci irrecevable, quand bien même elle fait obstacle à l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, ne fait pas grief et n'est pas susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir* ».

La justification avancée tient au fait que la victime conserve la faculté de saisir, si elle s'y croit fondée, le juge compétent d'une action en indemnisation et de faire valoir devant celui-ci tous les 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 régionale de conciliation et d'indemnisation lorsqu'elle a été saisie. La solution adoptée ne porte donc pas atteinte au droit des victimes d'être indemnisées, le recours au juge

¹⁰⁴¹ Art. R. 1142-15 du CSPF.

¹⁰⁴² CHIAVERINI Philippe, MARTINEZ Éric, MICHELANGELI Laure, *Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, op. cit. p. 15 ; Franck BLANCO, *La loi du 4 mars 2002 et les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation*, op. cit. p. 183 et s.

¹⁰⁴³ TA Bastia, 12 septembre 2005, M. Charles Sachot, op. cit.

étant toujours possible, avant, pendant et après une procédure diligentée devant les CRCI, laquelle est facultative et gracieuse¹⁰⁴⁴.

Certains¹⁰⁴⁵ pourront cependant déplorer que l'option choisie par le Conseil d'État aboutisse à priver les victimes, qui seraient réticentes à engager un recours en responsabilité devant les tribunaux, de l'accès à un mécanisme d'indemnisation alternatif dont le principal intérêt réside dans la rapidité, la simplicité et la gratuité. Néanmoins, les dysfonctionnements potentiels liés à l'admission du recours pour excès de pouvoir contre les déclarations d'incompétence ne doivent pas être négligés car, au final, à notre sens, ils nuiraient à l'intérêt du justiciable.

II. Une mise à l'écart du juge, plus profitable que nuisible pour le justiciable

Dans sa demande d'avis, la cour administrative d'appel de Marseille a interrogé le Conseil d'État sur le fait de savoir si les déclarations d'incompétence constituaient des actes détachables de la procédure au fond. Les CRCI étant des commissions administratives, cela impliquerait que les déclarations d'incompétence puissent être contestées devant le juge administratif, alors même que le juge judiciaire pourrait être saisi de la question de la responsabilité et de l'indemnisation.

Ayant considéré que les déclarations d'incompétence ne faisaient pas grief, le Conseil d'État ne répond pas expressément à cette question. Mais le commissaire du gouvernement¹⁰⁴⁶ a souligné que les déclarations d'incompétence n'ont pas d'autonomie suffisante par rapport au fond du contentieux pour pouvoir être déferées devant le juge administratif, sachant que l'appréciation portée par le juge pourra interférer avec celle que les juges, éventuellement judiciaires, pourront porter sur le dossier s'ils sont saisis d'une action indemnitaire.

Outre les risques de contradiction, il faut souligner le paradoxe qu'il y aurait eu à faire s'immiscer le juge dans un circuit de réparation amiable des litiges avec la création d'une nouvelle voie de droit se greffant sur la saisine du juge de l'indemnisation. Paradoxe d'autant

¹⁰⁴⁴ Ce type d'argument a d'ailleurs conduit le juge administratif à refuser d'admettre qu'un recours pour excès de pouvoir puisse être intenté contre le refus de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité de donner suite à une réclamation dont elle avait été saisie : CE, 13 juillet 2007, *Mme Abric*, AJDA 2007, p. 2145, concl. Luc DEREPA.

¹⁰⁴⁵ Franck BLANCO, « sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les CRCI », RDSS, 2006, p. 76.

¹⁰⁴⁶ THIELLAY Jean-Philippe, conclusions sur CE, Avis, 10 octobre 2007, *M. Sachot*, AJDA, 2007, p. 2328.

plus frappant que l'intervention du juge de l'excès de pouvoir à l'encontre des déclarations d'incompétence aurait eu pour effet de ralentir considérablement et de compliquer singulièrement la procédure d'indemnisation amiable instituée.

En effet, si l'on examine les conséquences d'une décision d'annulation de la déclaration d'incompétence, il est facile de démontrer que le bénéfice pour le justiciable n'est guère évident. Une telle annulation conduirait soit à un nouvel examen du dossier par la CRCI, éventuellement après une nouvelle expertise, sans garantie que le résultat diffère du précédent examen ; soit à l'usage par le juge de son pouvoir d'injonction pour que la CRCI prenne un « avis », lequel ne serait pas nécessairement suivi par l'ONIAM. En outre, la possibilité de faire jouer les procédures d'urgence, d'interjeter appel et de se pourvoir en cassation constituent autant d'éléments susceptibles de compliquer un mécanisme dont on a tant vanté la simplicité.

En définitive, l'impossibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les déclarations d'incompétence de CRCI et d'engager d'une action en réparation devant les tribunaux à partir du moment où la porte de la procédure amiable s'est refermée semble le schéma qui s'accorde le plus avec l'esprit de la loi du 4 mars 2002, même si le recours indemnitaire devant le juge administratif ou judiciaire n'est pas dénué de contraintes.

Après avoir discuté la création et le fonctionnement du système de l'indemnisation amiable des accidents médicaux ainsi que les procédures de l'indemnisation devant les instances compétentes en la matière, les CRCI et l'ONIAM, il est logique de s'interroger dans la deuxième section sur l'efficacité indemnitaire de ce système amiable et sur la réalisation des objectifs de la loi dite Kouchner du 4 mars 2002.

Section 2. L'efficacité indemnitaire du système de l'indemnisation amiable

Depuis toujours, les cas d'inégalité des victimes des deux ordres juridictionnels et les cas dramatiques des victimes d'accidents médicaux non fautifs sont des réalités auxquelles le juge fait face dans son jugement. L'indemnisation intégrale des préjudices des victimes en fait partie. En 2002, le législateur français, par un système de règlement à l'amiable est intervenu en la matière pour apporter la solution qui répondrait le mieux aux principes de la justice et de l'équité en matière de responsabilité et d'indemnisation hospitalière.

Cependant, un des « symptômes juridiques » qui caractérisent le droit de l'indemnisation médicale est celui de la différence manifeste au niveau du montant de l'indemnisation prononcée par le juge administratif et son homologue judiciaire. Se référant à la jurisprudence administrative française, l'on peut constater la générosité du juge administratif par rapport au juge judiciaire en matière de réparation des préjudices médicaux. Cette problématique d'inégalité n'est pas limitée au système juridictionnel, mais aussi elle « affecte » le système de l'indemnisation médicale à l'amiable.

Parmi les différents critères du fonctionnement du système de l'indemnisation médicale amiable en France, le critère « des troubles dans les conditions d'existence » pour ouvrir droit à l'indemnisation sur le fondement de la solidarité nationale est le plus problématique. Il a sollicité largement les commentateurs. Cette question appelle réflexions (§1), avant de se pencher sur les tentatives pour assurer une harmonisation minimale au stade de l'évolution du préjudice médical (§2).

§ 1. « Les troubles dans les conditions d'existence »

Si l'étude du préjudice comme élément du droit de la responsabilité a longtemps été délaissée par la doctrine¹⁰⁴⁷, cette dernière préférant se consacrer à l'évolution du fait générateur du dommage, celle des « troubles dans les conditions d'existence » l'est encore davantage¹⁰⁴⁸. L'expression est pourtant ancienne dans la jurisprudence administrative.

En 1919, le Conseil d'Etat français décide ainsi de multiplier par cinq l'indemnité de trois mille francs allouée aux parents d'une jeune femme décédée des suites d'une collision avec un camion militaire en y intégrant « *les troubles de toute nature apportés dans les conditions d'existence des survivants susceptibles d'aggraver à leur égard les conséquences de l'accident* »¹⁰⁴⁹. Développée en faveur des ayants droit¹⁰⁵⁰, la réparation des troubles dans les conditions d'existence s'est rapidement étendue aux victimes elles-mêmes. Le juge administratif répare, sous ce vocable, les difficultés éprouvées dans l'exercice d'une profession¹⁰⁵¹, la perte de la

¹⁰⁴⁷ DEGUERGUE Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994, p. 426 ; Isabelle POIROT-MAZÈRES, « *La notion de préjudice en droit administratif français* », RDP 1997, p. 519.

¹⁰⁴⁸ MODERNE Franck, note sur le devenir de la notion de troubles dans les conditions d'existence dans le contentieux administratif de la responsabilité, AJDA 1976, p. 240.

¹⁰⁴⁹ CE, 25 juillet 1919, *Guinot*, Rec. CE, 1919, p. 689

¹⁰⁵⁰ CE, ass., 28 juillet 1951, *Bérenger*, Rec. CE, 1951, p. 473 ; CE, 28 mars 1953, *Even*, Rec. CE, 1953, p. 165 ; CE, 10 novembre 1927, *Bischoff*, Rec. CE, 1927, p. 1082.

¹⁰⁵¹ CE, 21 janvier 1955, *Billiet*, Rec. CE, 1955, p. 43.

vue, de l'odorat et du goût¹⁰⁵², les infirmités¹⁰⁵³, la gêne physiologique accompagnée de la nécessité de s'astreindre à des soins particuliers et à des ménagements continuels consécutives à des brûlures¹⁰⁵⁴, ou la perte d'une épouse des suites d'un choc obstétrical aidant aux travaux de la ferme et assurant l'éducation des enfants¹⁰⁵⁵, ou encore, plus récemment, l'impossibilité de concevoir de nouveaux enfants¹⁰⁵⁶.

À l'instar des autres conditions d'engagement de la responsabilité, cet élément du préjudice connaît un assouplissement notable permettant aux deux ordres de juridiction de réparer *in fine* l'ensemble des gênes de la vie courante. On comprend dès lors pourquoi les juges se gardent bien d'en apporter une quelconque définition, trop soucieux de se ménager en cette matière une marge d'appréciation. En quelques décennies le droit de la responsabilité s'est mué en « un droit de la réparation ». Ce constat prend toute son ampleur dans le cadre du contentieux de la responsabilité médicale.

En outre, le décret du 4 avril 2003¹⁰⁵⁷ pris pour l'application de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ajoute à l'imprécision, en confiant à ces troubles une nouvelle mission. Seules les conséquences dommageables les plus graves d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale sont susceptibles d'ouvrir droit à réparation au titre de la solidarité nationale et de donner accès aux commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) dans leur formation d'indemnisation¹⁰⁵⁸. Le seuil de gravité prescrit est satisfait par un taux d'incapacité permanente partielle (IPP) de 24% ou par une durée d'incapacité temporaire de travail (ITT) de six mois consécutifs ou non sur une période d'un an. Il l'est également dans deux hypothèses supplémentaires de recours « exceptionnel » : l'impossibilité pour la victime de reprendre l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant l'incident ou l'existence de « troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence ».

Cette disposition précédente laisse aux CRCI une importante marge d'appréciation. Véritable porte d'entrée de l'équité entendue comme « la justice exercée avec une modération

¹⁰⁵² CE, 02 décembre 1977, *Rossier*, Rec. CE, 1977, p. 485.

¹⁰⁵³ CE, 16 novembre 1979, *Hanryon*, Rec. CE, 1979, p. 422 ; CE, sect., 02 octobre 1970, *Époux Pol*, Rec. CE, 1970, p. 543.

¹⁰⁵⁴ CE, 10 novembre 1971, *Époux Nicolitch*, Rec. CE, 1971, Tables, p. 1204.

¹⁰⁵⁵ CE, 31 mars 1971, *Bailleul*, Rec. CE, 1971, p. 265.

¹⁰⁵⁶ CE, 27 juin 2005, *Rougier*, Rec. CE, 2005, Tables, p. 815.

¹⁰⁵⁷ Décret n° 2003-314 du 4 avril 2003, JO n° 81 du 5 avril 2003, p. 6114.

¹⁰⁵⁸ Art. L. 1142-1 du CSPF.

et un adoucissement raisonnable »¹⁰⁵⁹, elle permet la réparation de dommages au titre de la solidarité nationale qui y échapperaient en application des autres critères et ouvre plus largement l'accès des CRCI.

Une première analyse rapide permet de conclure que le système est favorable aux victimes. Mais c'est oublier que toute part de subjectivité peut être préjudiciable en tant qu'elle est potentiellement source d'inégalités de traitement. Á cela s'ajoutent les méfaits potentiels de l'utilisation d'une notion polysémique à des stades différents du droit de la réparation des accidents médicaux. Le fait que ces troubles soient tantôt un élément du préjudice réparable, tantôt un critère d'accès aux CRCI ouvrant droit à réparation par la solidarité nationale contrarie l'unité du régime de réparation des accidents médicaux. Aussi paraît-il nécessaire d'en poser le diagnostic (A) avant d'en envisager le traitement (B).

A. « Les troubles dans les conditions d'existence », une malléabilité au service de l'équité

Alors même que l'expression du langage courant peut paraître limpide en tant qu'elle révèle l'ensemble des gênes occasionnés dans la vie courante d'une personne ou de ses ayants droit, l'utilisation juridique de la notion heurte cette apparente simplicité. En effet, en dehors de ses variations terminologiques¹⁰⁶⁰, la difficulté s'accroît lorsque l'on s'intéresse au contenu même de la notion dont les frontières varient avec les protagonistes du droit de la réparation des accidents médicaux. Ces derniers entretiennent d'ailleurs volontairement cette malléabilité afin de satisfaire au mieux les finalités qu'ils lui assignent.

I. « Les troubles dans les conditions d'existence », une notion à géométrie variable

La première difficulté rencontrée dans l'identification des troubles dans les conditions d'existence réside dans la variété du vocabulaire utilisé par les acteurs qui en posent le diagnostic. Si l'expression n'a pas quitté le vocabulaire du juge administratif depuis 1919¹⁰⁶¹, son homologue judiciaire lui préfère celle de « préjudice d'agrément ». Le référentiel indicatif d'indemnisation établi par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)

¹⁰⁵⁹ Ch. Jarrosson, F.-X. « *Testu* », Équité, in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, p. 635.

¹⁰⁶⁰ « Préjudice d'agrément » pour le juge judiciaire, et « troubles dans les conditions d'existence » pour les CRCI.

¹⁰⁶¹ CE, 25 juillet 1919, *Guinot*, op. cit.

retient quant à lui le « déficit fonctionnel temporaire »¹⁰⁶² et « le préjudice d'agrément »¹⁰⁶³, abandonnant la confusion réalisée dans sa première version entre « les troubles temporaires dans les conditions d'existence » et le « préjudice d'agrément »¹⁰⁶⁴. En revanche, ce sont bien des « troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence » qui déterminent la mise en œuvre du régime de réparation des accidents médicaux par la solidarité nationale.

La deuxième difficulté réside dans l'utilisation faite par le juge administratif des notions de « troubles dans les conditions d'existence » et de « préjudice d'agrément ». Celle-ci se manifeste soit par l'emprunt par le juge administratif de la terminologie du juge judiciaire, soit par la dissociation explicite des ces deux notions par le juge administratif français. Le juge administratif demande ici à l'homme de l'art de dissocier ces deux éléments du préjudice dans le cadre de son expertise. Il précise qu' « *il sera, avant de statuer sur les conclusions de Mme X... relative à la réparation des préjudices qu'elle a subis, procédé à une expertise médicale en vue de déterminer : la date de consolidation des blessures, la durée de l'incapacité temporaire totale, le taux de l'incapacité permanente partielle, les souffrances physiques, le préjudice d'agrément, les troubles dans les conditions d'existence* »¹⁰⁶⁵.

Dans le premier cas, il lui arrive de réparer le préjudice d'agrément sans se préoccuper des troubles dans les conditions d'existence¹⁰⁶⁶. Dans le deuxième, le juge administratif répare le préjudice d'agrément et les troubles dans les conditions d'existence en les dissociant explicitement. Retenant la responsabilité du service public hospitalier pour la défaillance d'un matériel à l'origine de l'amputation de la jambe d'un patient, le Conseil d'Etat distingue ici « *le préjudice correspondant à l'invalidité permanente partielle dont il est atteint ainsi qu'aux troubles dans ses conditions d'existence* » du « *préjudice correspondant aux souffrances physiques et morales de la victime ainsi que de son préjudice esthétique et d'agrément* »¹⁰⁶⁷.

La dernière complication, de loin la plus fréquente, fait du préjudice d'agrément un élément des troubles dans les conditions d'existence. Le juge administratif inclut

¹⁰⁶² ONIAM, Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, 2008, p. 12.

¹⁰⁶³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁶⁴ ONIAM, Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, 2005, p. 8.

¹⁰⁶⁵ CE, sect., 13 janvier 1993, *Galité*, Rec. CE, 1993, p. 11.

¹⁰⁶⁶ CE, sect., 05 janvier 2000, *consorts Telle*, op. cit. ; CE, 17 mai 2006, *Martine A.*, op. cit.

¹⁰⁶⁷ CE, 15 juillet 2004, *Duval Costa*, Rec. CE, 2004, Tables, p. 875 ; CE, sect., 27 octobre 2006, *Département Morbihan*, Rec. CE, 2006, p. 437 ; CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sect. réunies, 07 juillet 2006, *Pauline*, n° 262781, Inédit au recueil Lebon.

explicitement le préjudice d'agrément dans la réparation des « troubles de toute nature » consécutifs à l'accident médical. C'est ainsi que le patient atteint d'une cécité totale à l'âge de 19 ans consécutive à un diagnostic erroné « *subit dans ses conditions d'existence du fait de son infirmité qui rend nécessaire l'assistance d'une tierce personne, des troubles de toute nature, incluant le préjudice d'agrément* »¹⁰⁶⁸.

De même, le Conseil d'Etat qui reconnaît la responsabilité d'un établissement hospitalier en raison d'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, « fait une juste évaluation des troubles de toute nature subis par [la patiente] dans ses conditions d'existence, y compris le préjudice d'agrément »¹⁰⁶⁹. Le juge administratif demande, d'ailleurs parfois, à l'expert de déterminer les troubles dans les conditions d'existence en y incluant « le préjudice dit d'agrément »¹⁰⁷⁰. Il retient alors une conception restrictive du préjudice d'agrément qui couvre l'impossibilité de pratiquer une activité sportive¹⁰⁷¹ voire « ludique »¹⁰⁷². Enfin, pour ajouter à la difficulté, les troubles dans les conditions d'existence s'étendent parfois au préjudice esthétique et sexuel¹⁰⁷³.

Il va sans dire qu'une telle hétérogénéité ne facilite pas un diagnostic précis des troubles dans les conditions d'existence. Seul un raisonnement finaliste permet d'en dessiner les contours. C'est en effet en comprenant les raisons de leur utilisation, que l'on peut *in fine* les appréhender. On peut ainsi expliquer de la même façon l'évolution du droit de la responsabilité médicale, à travers notamment la place de la faute, et celle de la notion de troubles dans les conditions d'existence par référence aux fonctions qu'on leur assigne. L'aspiration à réparer domine le raisonnement des juges et c'est à la responsabilité de s'adapter pour parvenir à l'objectif poursuivi. Cette même finalité guide aussi le nouveau dispositif législatif de réparation des accidents médicaux. Les troubles dans les conditions d'existence sont alors le moyen d'accorder la réparation attendue.

¹⁰⁶⁸ CE, 21 février 1979, *Dupuis*, Rec. CE, 1979, p. 876.

¹⁰⁶⁹ CAA Bordeaux, 05 février 2008, *M. Michel X.*, n° 06BX0173, Inédit au recueil Lebon ; CAA Versailles, 26 février 2008, *Mme Maria X.*, n° 05VE01679, Inédit au recueil Lebon.

¹⁰⁷⁰ CAA Nancy, 02 août 2007, *Mme Sophie X.*, n° 06NC00989, Inédit au recueil Lebon.

¹⁰⁷¹ CE, 22 novembre 2002, *CPAM de Paris*, n° 186220, Inédit au recueil Lebon.

¹⁰⁷² CAA Paris, 11 juillet 1997, *M. Alain Z.*, n° 96PA00943, Inédit au recueil Lebon.

¹⁰⁷³ CE, 12 juillet 2006, *Hospices civils de Lyon*, n° 254836, Inédit au recueil Lebon ; CAA Bordeaux, 18 décembre 2007, *CHU de Bordeaux*, n° 05BX01338, Inédit au recueil Lebon.

II. « Les troubles dans les conditions d'existence », une notion fonctionnelle

Afin d'assurer au mieux leur mission d'apaisement de la relation médicale en offrant aux patients et aux professionnels de santé une solution rapide en dehors de l'office du juge, le législateur fait le choix d'encadrer l'accès des CRCI.

En effet, tout en incitant la victime à préférer la voie non contentieuse¹⁰⁷⁴, le dispositif mis en place par la loi du 4 mars 2002 opte pour un système de tri des demandes, vital pour éviter l'asphyxie. Un tel encadrement s'explique également par la nécessité de cantonner le jeu de la solidarité nationale aux dommages les plus graves¹⁰⁷⁵. La loi Kouchner retient donc un critère de gravité permettant de déterminer la formation compétente de la CRCI. L'accès à la procédure de règlement amiable susceptible de déboucher sur une offre transactionnelle concerne les seuls dommages les plus graves¹⁰⁷⁶. Le législateur confie au pouvoir réglementaire la détermination de ce seuil de gravité en précisant qu'il doit être « apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant compte du taux d'incapacité permanente partielle ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail ». Il précise toutefois que ce seuil ne pourra dépasser un taux minimal de 25% d'IPP.

Ensuite, ce taux fut immédiatement critiqué comme favorisant *de facto* l'exclusion de nombreuses personnes du dispositif¹⁰⁷⁷. Aussi, le pouvoir réglementaire s'est-il départi de la rigueur législative originaire. Il retient, à côté d'un taux de 24% d'IPP et des six mois consécutifs ou non sur une période de douze mois d'ITT, deux autres critères d'appréciation de la gravité qu'il cantonne à un rôle « exceptionnel » : l'impossibilité de reprendre son activité professionnelle, d'une part, et, les « troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence » d'autre part.

¹⁰⁷⁴ J. SAISON, « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, Compétences et procédures », in Gérard Memeteau (dir.), Manuel de droit des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, LEH, 2004, p. 70.

¹⁰⁷⁵ Art. L. 1142-1 du CSPF.

¹⁰⁷⁶ Art. L. 1142-8 du CSPF.

¹⁰⁷⁷ MISTRETTA Patrick, « la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », JCP 2002, I, 141 ; RADÉ Christophe, « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », RCA mai 2002, p. 12 ; Anne Laude, « l'indemnisation collective des accidents thérapeutiques », in le nouveau droit des malades, Litec, Carré Droit, 2002, p. 103 ; Jean PENNEAU, « Présentation générale critique des dispositions relatives à la réparation des conséquences des risques sanitaires », in G. Fauré (dir.), la loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?, PUF, 2003, p. 28.

Une nouvelle fois, les troubles dans les conditions d'existence donnent l'occasion d'assouplir la rigueur de la règle. En effet, même si le décret prend soin, par une définition tautologique, de limiter les troubles pris en compte aux seuls troubles « particulièrement graves », leur appréciation relève d'une part de subjectivité. Ils échappent bien évidemment au barème d'évaluation des taux d'incapacité des victimes annexé au décret et utilisé par l'expertise médicale pour déterminer le seuil de gravité. Mais ils échappent également à tout autre barème.

La CRCI dispose donc ici d'une marge d'appréciation non négligeable. La pratique confirme cette conviction. D'un point de vue qualitatif, l'utilisation des troubles dans les conditions d'existence apparaît comme l'ultime porte d'entrée de la formation de règlement amiable de la CRCI. Ce n'est que lorsque les autres critères de détermination de la gravité du dommage font défaut que les CRCI s'attachent à caractériser les dites troubles. Á ce stade, ils lui permettent de combler les lacunes du législateur. Faut-il rappeler que l'accident médical survenu à une femme au foyer, à un enfant, à un retraité ou encore à toute autre personne sans emploi échappe aux critères liés à une quelconque activité professionnelle ? Pour ces victimes, à défaut d'un taux d'IPP de 24%, les troubles dans les conditions d'existence sont une véritable « soupape de garantie sociale ».

B. Le traitement des troubles dans les conditions d'existence

Si le recours aux troubles dans les conditions d'existence révèle à n'en pas douter une volonté constante des arbitres de la relation médicale de mieux protéger la victime, il génère des effets indésirables qu'il convient de traiter sous peine d'affaiblir l'ensemble du système. Á vouloir trop bien soigner, on rend parfois malade du traitement que l'on a administré. Cet accident iatrogène connaît un prolongement juridique. L'utilisation des troubles dans les conditions d'existence produit des effets secondaires préjudiciables à l'unité du droit de la réparation des accidents médicaux qu'il convient de traiter.

I. Les effets indésirables des troubles dans les conditions d'existence

La diversité des acceptions d'un même phénomène peut conduire à des différences de traitement. La subjectivité de la notion de troubles dans les conditions d'existence peut ainsi favoriser un accès différencié aux CRCI.

Les commissions régionales n'ont pas recours dans la même proportion aux « troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence » comme critère de détermination de leur compétence de règlement amiable des litiges. Si, pour la plupart d'entre elles, ce critère intervient dans moins de 20 % des cas, ce qui, notons le, est déjà loin une utilisation exceptionnelle pour celles qui les atteignent¹⁰⁷⁸, le législateur a pourtant cherché à anticiper toute dérive potentielle en confiant à la CNAMéd, en sus de sa mission de détermination de la liste nationale des experts en accidents médicaux, le soin « de veiller à une application homogène » du dispositif¹⁰⁷⁹. Alertée par les statistiques, la CNAMéd prévoit de procéder « à un travail d'analyse des usages de la notion par les CRCI »¹⁰⁸⁰.

En la matière, plusieurs questions fondamentales devront trouver une réponse. Que recouvre précisément cette notion ? Son utilisation varie-t-elle en fonction de l'appartenance du magistrat qui préside la commission à l'un ou l'autre des ordres de juridiction ? L'accès aux avis constitue la matière première fondamentale à une harmonisation des pratiques. Pour y parvenir, l'article R. 1142-39 du Code de la santé publique lui permet, logiquement, de se fonder sur « *l'analyse des avis rendus par les CRCI* », mais l'article R. 1142-42 en limite immédiatement l'accès en excluant les informations « *nominatives et relatives à des données de santé à caractère personnel* ».

Reste pour la CNAM un obstacle de taille à franchir : obtenir de l'ONIAM les avis anonymisés aux conditions posées par la Commission d'accès aux documents administratifs¹⁰⁸¹. Or, la CNAM n'a eu accès qu'à une centaine d'avis anonymisés lui permettant notamment d'en harmoniser la présentation et le contenu. Maîtriser les risques d'inégalités de traitement suppose d'en généraliser la communication afin qu'elle puisse assurer l'unité du dispositif. En refusant de connaître de la légalité des « déclarations d'incompétence des CRCI », le juge administratif écarte en effet tout contrôle juridictionnel. Le commissaire du gouvernement insiste d'ailleurs pour justifier ce refus sur les difficultés d'interprétation des critères de gravité que pourraient rencontrer les deux ordres de juridiction disposant que « *l'appréciation pourra se révéler très délicate et interférer avec celle que les juges, éventuellement judiciaires, pourront porter sur le dossier* »¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ CNAMed, Rapport au parlement et au gouvernement, Ministère de la santé, 2005-2006, p. 57.

¹⁰⁷⁹ THOUVENIN Didier, *Commission nationale des accidents médicaux*, RHF 2008, p. 60.

¹⁰⁸⁰ CNAMed, Rapport au parlement et au gouvernement, Ministère de la santé, 2005-2006, p. 43-44.

¹⁰⁸¹ CADA, 1^{er} avril 2004, avis, n° 2004-1039, note Gérard MÉMETEAU, RGDM 2004, n° 13, p. 331.

¹⁰⁸² CE, avis, 10 janvier 2007, *Sachot*, op. cit.

Au final, seul l'ONIAM est le garant d'une appréciation uniforme du critère de gravité en disposant de la faculté de refuser d'adresser à la victime d'un accident médical non fautif une offre d'indemnisation. Mais nul ne contrôle l'appréciation de la gravité des troubles dans les conditions d'existence retenue par les CRCI pour se déclarer compétente en cas de faute médicale. L'hétérogénéité des troubles dans les conditions d'existence contrarie également l'unité du droit de la réparation des accidents médicaux.

Alors que l'une des ambitions de la loi du 4 mars 2002 est d'instituer un régime unitaire de réparation des accidents médicaux, elle met fin aux divergences des deux ordres de juridiction en matière de réparation du risque médical. En effet, jusque-là, contrairement au juge administratif, la Cour de Cassation refusait de réparer « les conséquences de l'aléa thérapeutique ». Désormais, que l'on soit pris en charge par un établissement de santé public ou privé, les conséquences dommageables graves de l'accident médical non fautif directement imputables à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, ouvrent droit à la réparation du préjudice subi au titre de la solidarité nationale.

En dehors de cette hypothèse, le législateur français pose le principe général d'une responsabilité pour faute des établissements et des professionnels de santé. Sa volonté d'unification transparaît également de la consécration d'une prescription décennale applicable à toutes actions en responsabilité médicale¹⁰⁸³ non prescrites à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002¹⁰⁸⁴ associée à la mise en place d'un dispositif de règlement amiable transcendant le dualisme juridictionnel. Or, la place variable accordée aux troubles dans les conditions d'existence comme élément du préjudice réparable perturbe l'unité du dispositif.

En effet, si la loi encadre le préjudice ouvrant droit à réparation en rappelant qu'il doit être directement imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins et sans rapport avec l'état initial du patient ni avec son évolution prévisible, elle laisse les juges et les CRCI totalement libres de la détermination des postes de préjudice réparables.

¹⁰⁸³ CE, avis, 19 mars 2003, *Haddad et CPAM de Tourcoing*, Rec. CE, 2003, p. 133 ; RGDM 2003, p. 325, obs. J. Saison ; Nous précisons qu'en absence de disposition législatives expresses contraires, le régime de prescription applicables aux actions en tendant à obtenir réparation des conséquences dommageables des vaccinations obligatoires est celui du droit commun, c'est-à-dire de la prescription quadriennale : CE, 13 juillet 2011, *ONIAM*, n° 345756, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr ; Par exemple, le Conseil d'État juge que les dispositions de l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 sont applicables au contentieux des pensions militaires d'invalidité : CE, 2 novembre 2005, *Dorchies*, Rec. CE, 2005, p. 470.

¹⁰⁸⁴ CE, 1^{er} mars 2006, *CH de Saulieu*, Rec. CE, 2006, p. 800.

Afin de garantir une certaine unité, l'ONIAM a adopté un référentiel indicatif d'indemnisation, dont l'évaluation montre qu'il est en moyenne respecté tout en garantissant aux CRCI la faculté d'individualiser les offres lorsque cela est nécessaire¹⁰⁸⁵. Seulement, cette évaluation ne porte que sur les principaux postes de préjudice : le *pretium doloris*, le préjudice esthétique, l'incapacité permanente partielle et le préjudice d'agrément. Les troubles dans les conditions d'existence en sont exclus. L'ONIAM répare pourtant « les troubles dans les conditions d'existence de toutes natures (perturbation de la vie familiale, perte d'agrément, préjudice sexuel temporaire) » sous le chef de préjudice « déficit fonctionnel temporaire »¹⁰⁸⁶, évalué avant la consolidation, qu'il distingue du « préjudice d'agrément », évalué postérieurement, et correspondant « à l'impossibilité, pour la victime, de pratiquer régulièrement une activité sportive ou de loisirs qu'elle exerçait avant l'accident »¹⁰⁸⁷.

Au-delà de la question de vocabulaire, comment comparer les montants des indemnisations octroyés par l'ONIAM avec ceux accordés par les juges au titre des troubles dans les conditions d'existence lorsque les postes de préjudice ne coïncident pas ? À cela, s'ajoutent de possibles divergences dans l'évaluation des préjudices. À ce titre, l'Office en pâtit dans le cadre des recours subrogatoires pour lesquels l'étendue de la réparation accordée par les juges ne correspond pas toujours au remboursement des indemnisations qu'il a préalablement versées aux victimes. Des solutions permettent de remédier à ces dérives potentielles.

II. Les remèdes possibles

Rétablir l'unité du droit de la réparation des accidents médicaux passe par l'adoption d'une nomenclature commune des préjudices corporels permettant une harmonisation des méthodes d'indemnisation. L'élaboration d'une telle nomenclature fait l'unanimité¹⁰⁸⁸. Elle offre non seulement aux victimes une meilleure lisibilité des préjudices susceptibles d'être réparés mais permet également de comparer les pratiques. Quelle place faut-il alors accorder aux troubles dans les conditions d'existence dans cette nomenclature ? Une telle analyse fera objet d'observations postérieures.

¹⁰⁸⁵ Rapport ONIAM, 1^{er} sem. 2007, op. cit. p. 34.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰⁸⁷ *Ibid*, p. 14.

¹⁰⁸⁸ LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, juin 2003, p. 3 ; CE, Rapport public 2004, *La socialisation du risque*, La documentation française, 2005, p. 205.

Le pouvoir réglementaire doit combler les imperfections, révélées par la pratique, des critères de gravité ouvrant accès à la formation de règlement amiable des CRCI. On sait, en fait, que l'usage de ce critère est lié à l'impossibilité de satisfaire les autres. C'est donc en modifiant ces derniers que l'on peut faire reculer le recours aux troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence et lui rendre son caractère exceptionnel. De là, la nécessité d'intégrer les personnes exclues du taux d'ITT. Le recours à la notion « d'incapacité fonctionnelle temporaire totale » devait permettre d'intégrer toutes les personnes sans activité professionnelle en prenant en compte leur impossibilité temporaire de faire certains gestes de la vie quotidienne qu'il s'agisse, par exemple, de la difficulté à réaliser des tâches ménagères ou de poursuivre leur scolarité.

En outre, le seuil de 24 % d'IPP, qui permet déjà d'ouvrir la réparation à des dommages qui jusque là y échappaient en raison du refus de principe de la Cour de cassation et des conditions restrictives posées par la jurisprudence administrative, pourrait faire l'objet d'une diminution permettant *de facto* d'inclure dans le dispositif des dommages y échappant jusqu'alors.

De tels aménagements conduisent alors à se poser la question de l'utilité du maintien même du critère des troubles dans les conditions d'existence comme élément d'appréciation de la gravité du dommage ouvrant droit à la réparation au titre de la solidarité nationale. Le pouvoir réglementaire devra trancher. Cette marge d'appréciation doit, selon nous, être ménagée afin de permettre une adaptation du dispositif aux circonstances de fait qui se soustraient parfois à la rigueur statistique. Mais en aucune façon, cet élément de souplesse ne doit devenir la règle : d'où la nécessité de donner à la CNAMed de véritables moyens d'opérer l'harmonisation des pratiques et, en conséquence, d'en avoir une parfaite connaissance.

§ 2. Tentative d'harmonisation au stade de l'évaluation du dommage

Il n'existe aucun texte dans le droit français pour imposer une liste officielle de préjudices indemnisables ni de barème ni de mission d'expertise médicale unique. Les magistrats disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour fixer l'indemnisation d'un préjudice.

En France, l'évaluation du préjudice corporel d'une victime peut varier selon les

circonstances dans lesquelles est survenu le dommage¹⁰⁸⁹. En effet, des victimes présentant des séquelles fonctionnelles identiques peuvent se voir attribuer une indemnisation différente selon qu'il s'agisse d'une agression, d'un accident de la voie publique, d'un accident de la vie privée, d'un accident médical ou d'un accident de travail ... Le recours peut s'exercer selon le droit commun ou devant une juridiction spécialisée ou un fonds d'indemnisation.

Le principe de la « réparation intégrale » n'est pas mentionné dans la loi française, mais il est affirmé par la jurisprudence : « *la réparation d'un dommage, qui doit être intégrale, ne peut excéder le montant du préjudice* »¹⁰⁹⁰. Cela signifie que tous les préjudices doivent être compensés, complètement, sans double emploi, sans plafonnement et sans forfaitisation¹⁰⁹¹. Le montant des dommages et intérêts doit comprendre la réparation du préjudice moral, du préjudice matériel, du préjudice actuel et du préjudice futur s'il est certain. Le juge du fond apprécie souverainement les divers chefs de préjudices et les modalités propres à en assurer la réparation intégrale.

En matière de réparation, on constate une grande hétérogénéité de celle-ci puisque la réparation peut être intégrale ou forfaitaire selon les circonstances de l'accident, selon le cadre judiciaire ou amiable¹⁰⁹². Selon Laurent NEYRET, les règles d'évaluation médicale et d'évaluation monétaire sont tellement hétérogènes qu'elles mènent à une véritable injustice indemnitaire¹⁰⁹³. Les deux étapes sont source d'incompréhension et d'interrogation pour les victimes.

Certains ont réclamé une nomenclature unique des postes de préjudices qui serait utilisée pour tous les dommages corporels et par tous les organismes qui interviennent pour fixer les préjudices. Le Rapport Dintilhac¹⁰⁹⁴, remis au garde de Sceaux en octobre 2005, ne retient pas moins de 29 postes de préjudice dont aucun ne porte la dénomination de troubles dans les conditions d'existence. Pourtant, si ces derniers perdent en autonomie pour se répartir au sein

¹⁰⁸⁹ LAMBERT-FAIVRE YVONNE, *Droit du dommage corporel, système d'indemnisation*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2004.

¹⁰⁹⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2006, *M. X.*, n° 05-16522, Inédit au Bulletin.

¹⁰⁹¹ VINEY Geneviève, « L'état du droit », *Gaz. Pal.*, 11-13 février 2007, colloque « la réparation du dommage corporel : le juste prix », 23 novembre 2006.

¹⁰⁹² CE, 05 mars 2008, *CPAM Seine-Saint Denis*, *AJDA* 2008, p. 941, concl. J.-Ph. Thiellay.

¹⁰⁹³ NEYRET Laurent, intervention dans Colloque « la réparation du dommage corporel : le juste prix », 23 novembre 2006, *Gaz. Pal.*, 11-13 février 2007.

¹⁰⁹⁴ DINTILHAC Jean-Pierre, Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juillet 2005.

de plusieurs postes de préjudices, ils gagnent en unité en étant systématiquement rattachés à des postes de préjudice extrapatrimoniaux.

Toutefois, on peut constater que l'ONIAM s'en est largement inspiré pour actualiser son référentiel indicatif d'indemnisation en répartissant les troubles dans les conditions d'existence dans les mêmes postes de préjudice. Déterminer avec précision les postes de préjudice permet en outre de définir au mieux l'assiette du recours subrogatoire des caisses de sécurité sociale en cas de responsabilité d'un tiers.

En imposant une évaluation « poste par poste », l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 de financement de la Sécurité sociale pour 2007 donne l'occasion de faire disparaître définitivement les troubles dans les conditions d'existence de l'assiette de recours de la sécurité sociale introduits par le juge administratif au titre des troubles physiologiques¹⁰⁹⁵. Cette évaluation « poste par poste » ne porte que sur les seules indemnités qui réparent les préjudices effectivement pris en charge « à l'exclusion des préjudices à caractère personnel », sauf si ces derniers ont fait l'objet d'une indemnisation préalable. La loi ne donnant aucune précision sur les différents postes de préjudice, le pouvoir réglementaire pouvait saisir l'occasion d'harmoniser l'ensemble du dispositif en s'inspirant notamment de la nomenclature Dintilhac. À défaut d'une telle intervention, il revient aux juges appelés à appliquer cette nouvelle disposition de proposer une classification.

En revanche, conformément aux conclusions de Luc DEREPAS sur l'avis *Lagier et Guignon*¹⁰⁹⁶, le Conseil d'Etat français propose de retenir six postes de préjudice (dépenses de santé, frais liés au handicap, perte de revenus, incidence professionnelle et scolaire du dommage corporel, autres dépenses liées au dommage corporel, préjudices personnels) dont il précise pour chacun les prestations auxquelles ils se rapportent. Au titre des préjudices personnels, le Conseil d'Etat français opère une distinction entre les différentes prestations, lorsque celles-ci font l'objet du recours subrogatoire des caisses, en dissociant « 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 ». Le

¹⁰⁹⁵ CE, ass. 14 février 1975, *Société des eaux de Marseille*, Rec. CE, 1975, p. 124.

¹⁰⁹⁶ CE, avis, 04 juin 2007, RDSS 2007, p. 680, concl. Luc DEREPAS ; note Christine PAILLARD, JCPA, 2008, 2055.

juge administratif manifeste une fois de plus son attachement aux troubles dans les conditions d'existence. La nomenclature n'a aucune force contraignante, aucune valeur juridique¹⁰⁹⁷, elle ne s'impose pas en l'état¹⁰⁹⁸. Elle paraît donc hors du droit. Cependant, la doctrine l'a accueillie favorablement et surtout associations de victimes, médecins-experts, avocats et magistrats en ont rapidement pris acte.

Si une telle réception est un signe de normativité, elle ne permet pas, à elle seule, de se prononcer sur le statut de la nomenclature *Dintilhac*. Doit-elle être considérée comme une norme voire une règle de droit ? Le cas échéant, quelle est sa place dans l'ordre juridique ? Ces questions ne doivent pas être négligées car c'est de l'office de chacun qu'il s'agit. Juges, médecins experts, avocats et tiers payeurs sont-ils tenus de raisonner sur la nomenclature lorsqu'ils traitent un dossier d'indemnisation ? Peuvent-ils privilégier des méthodologies alternatives, comme celle du rapport *Lambert-Faivre*¹⁰⁹⁹ ou celle du rapport *Catala*¹¹⁰⁰ voire conserver leurs pratiques antérieures ?

Pour répondre, c'est à la théorie des sources du droit qu'il faut faire appel. Autant dire qu'au-delà d'enjeux pratiques évidents, c'est le droit lui-même qu'il faut interroger. Dans cette perspective, le statut actuel de la nomenclature *Dintilhac* peut être défini en insistant d'abord sur sa nature juridique, c'est la question de la normativité (A), puis sur son importance dans l'ordre juridique, c'est la question de la force normative (B).

A. La normativité de la nomenclature *Dintilhac*

Bien que les deux termes soient souvent pris pour synonymes, il est possible de distinguer entre les normes et les règles. Dans cette optique, une norme est un instrument susceptible de remplir une fonction de guide et/ou de mesure, selon qu'elle offre à ses destinataires un modèle de comportement et/ou une référence pour juger. Elle n'est une règle que si elle remplit ces deux fonctions de concert. Autrement dit, les règles constituent un sous-ensemble au sein de la catégorie des normes. Á l'aune de cette distinction, la nomenclature *Dintilhac*

¹⁰⁹⁷ POUMARÈDE Matthieu, « *Processus d'indemnisation des victimes de catastrophe industrielle : divergence quant aux pouvoirs du juge* », JCP, éd. G., 2007, II, 10112.

¹⁰⁹⁸ Ph. Casson, « *Le recours des tiers payeurs : une réforme en demi-teinte* », JCP, éd. G., 2007, I, 144.

¹⁰⁹⁹ LAMBERT-FAIVRE Yvonne, (dir.), *Rapport du Conseil national de l'aide aux victimes de l'indemnisation du dommage corporel*, juin 2003, la documentation française, 2003.

¹¹⁰⁰ CATALA Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, la documentation française, 2006.

apparaît clairement comme une norme juridique (I) et potentiellement comme une règle de droit (II).

I. Incontestablement, une norme juridique

Parce que la nomenclature *Dintilhac* a vocation à servir de référence dans tout dossier d'indemnisation, elle constitue une norme. Toutefois, écrire qu'elle est dotée d'un caractère normatif est une chose ; en déterminer la nature en est une autre. Affiner l'analyse suppose alors de se prononcer sur sa juridicité puis de rechercher, le cas échéant, son identité au sein des normes juridiques.

Pourtant, il est parfois délicat de rattacher une norme au droit plutôt qu'à un autre ordre normatif. Les raisons en sont notamment que la norme juridique ne présente pas d'originalité par rapport à celles des autres ordres normatifs et que l'obéissance à la norme, quelle qu'elle soit, relève de phénomènes d'ordre sociologique. Pour autant, si l'atteinte à la personne humaine relève du fait, les préjudices qui en résultent « relèvent de l'ordre du droit ». L'objet de la nomenclature *Dintilhac* est donc proprement juridique.

Au-delà, la juridicité de la nomenclature *Dintilhac* ne peut être niée aujourd'hui pour trois raisons qui accroissent sa valeur normative. D'abord, une circulaire du ministère de la Justice invite les juridictions de l'ordre judiciaire à s'y reporter¹¹⁰¹. Ensuite, le site internet du ministère de la Justice en fait « une référence majeure, utilisable par l'ensemble des acteurs de l'indemnisation du dommage corporel ». Enfin, nombre de réponses ministérielles insistent sur le rôle de référentiel de la nomenclature¹¹⁰² et annoncent sa consécration par voie de décret.

Relevant ainsi très certainement de la sphère du droit, la nomenclature *Dintilhac* entre cependant difficilement dans une catégorie connue de norme juridique. Il est seulement acquis qu'elle est davantage qu'un extrait d'un rapport au Gouvernement en raison d'au moins trois facteurs. Pour n'en retenir qu'un et laisser de côté les réponses ministérielles au statut

¹¹⁰¹ Circulaire n° 2007-05 du 22 février 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel, Bulletin officiel, n° 2, 20 avril 2007.

¹¹⁰² Réponse ministérielle n° 30015 : JOAN, 10 février 2009.

incertain¹¹⁰³ et les communiqués internet du ministère qui n'ont que peu de valeur, il convient d'insister sur l'importance de la circulaire précitée.

Certes, le gain de normativité n'est pas considérable dans la mesure où une circulaire administrative ne crée pas de règles de droit mais a pour fonction de guider les agents publics en général et les juges en particulier dans l'application des lois et des règlements¹¹⁰⁴. Une circulaire a ainsi peu de valeur aux yeux du juge judiciaire¹¹⁰⁵ qui considère qu'elle ne saurait lier ni les juges ni les particuliers parce qu'il s'agit d'une mesure interne à l'Administration nonobstant ses incidences sur le fonctionnement de la justice.

Néanmoins, deux éléments conduisent à retenir ici le gain normatif. D'abord, rien n'interdit au juge judiciaire de tenir compte d'une circulaire pour asseoir son interprétation d'une règle de droit ou valider une pratique qui s'y est conformée. Ensuite, une circulaire lie en principe ses destinataires. Dans ce contexte, le texte en cause est adressé non seulement au Parquet mais aussi aux magistrats du siège. Immédiatement, ce constat soulève une nouvelle difficulté en raison de l'indépendance statutaire de ces derniers¹¹⁰⁶. Toutefois, la circulaire examinée ici ne paraît pas rogner leurs pouvoirs, elle indique comment appliquer au mieux la loi. Elle ne dicte aucunement les solutions.

En somme, même si son identité demeure incertaine, la nomenclature *Dintilhac* est indubitablement une norme juridique parce qu'elle est un guide pour les acteurs de la réparation du dommage corporel. Mais, est-elle pour autant une règle de droit ?

II. Potentiellement, une règle de droit

Afin de pouvoir répondre par l'affirmative, il faut que la nomenclature soit également un guide pour le jugement. Or, l'examen montre que la jurisprudence est partagée. Si la nomenclature jouit d'une réception par le juge judiciaire, elle subit un refus de la part du juge administratif.

¹¹⁰³ TERRÉ Franck, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 338.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*, n° 336.

¹¹⁰⁵ Par comparaison, un recours pour excès de pouvoir peut être formé contre une circulaire à caractère impératif : CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, GAJA, n° 112 ; CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, Rec. CE, 2005, p. 395.

¹¹⁰⁶ PEROT R., *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 13^{ème}, 2008, n° 40.

Les premiers commentaires de la loi du 21 décembre 2006 l'avaient mis en évidence : la nomenclature *Dintilhac* - comme du reste la nomenclature *Lambert-Faivre* - ne s'impose nullement aux juridictions¹¹⁰⁷. Pourtant, nombre d'entre elles l'ont rapidement mise en œuvre y compris dans des affaires médiatiques et l'appliquent avec constance. La réforme de 2006 n'a fait qu'accélérer le processus de réception. Quant à la Cour de Cassation française en particulier, sa position n'est pas très ferme. Elle a d'abord considéré que si le recours à la nomenclature n'est pas obligatoire, « il est, au moins pour partie, nécessaire depuis la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 »¹¹⁰⁸.

Nonobstant quelques hésitations ponctuelles, une pratique judiciaire favorable voit donc le jour¹¹⁰⁹, qui contraste avec la position du juge administratif. Le Conseil d'État français paraît en effet hostile à la nomenclature *Dintilhac*¹¹¹⁰. Par un avis du 4 juin 2007¹¹¹¹, il a d'abord considéré que la mise en œuvre de la réforme de 2006 n'est pas manifestement impossible en l'absence d'un texte réglementaire¹¹¹². Surtout, tirant parti de « l'absence de dispositions réglementaires définissant les postes de préjudice patrimoniaux » et jugeant la nomenclature en cause excessivement complexe en raison de ses vingt-neuf chefs de préjudice, le Conseil d'État a adopté sa propre typologie¹¹¹³. Celle-ci comporte six postes de préjudices, un poste étant un ensemble de préjudices de même nature. Cette position qui a suscité la critique¹¹¹⁴ est sans doute provocatrice dans la mesure où, dans son avis précité, le Conseil d'État avait invité le Premier ministre à faire usage de son pouvoir réglementaire pour établir par décret une typologie des préjudices. En d'autres termes, il lui avait laissé la possibilité de consacrer la nomenclature *Dintilhac*.

¹¹⁰⁷ JOURDAIN Patrice, *La réforme des recours des tiers payeurs : des victimes favorisées*, Dalloz, 2007, p. 454.

¹¹⁰⁸ Rapport 2007 de la Cour de cassation, la documentation française, 2008.

¹¹⁰⁹ MAZIÈRE Pierre, « *L'application de la nomenclature Dintilhac : une épineuse conséquence du recours subrogatoire poste par poste ?* », Médecine et Droit, 2008, p. 150.

¹¹¹⁰ Il convient de noter, à titre liminaire, que le juge administratif n'est pas tenu par l'application d'une nomenclature. D'ailleurs, aucune disposition ni aucun principe général du droit ne s'oppose à ce que le juge administratif, après avoir apprécié le bien-fondé de conclusions tendant à l'indemnisation de préjudices distincts, procède à une évaluation globale du montant des indemnités à allouer au titre de ces préjudices, ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État dans une décision du 2 février 1996 : CE, 2 février 1996, *Liuzzi*, Rec. CE, 1996, Tables, p. 1161.

¹¹¹¹ CE, avis, 04 juin 2007, *Lagier et Guignon*, op. cit.

¹¹¹² Rapport de la Cour de cassation, avis, 29 octobre 2007, JCP, éd. G. 2007, II, 10194, note Patrice JOURDAIN.

¹¹¹³ CE, 05 mars 2008, *CPAM Seine-Saint Denis*, précité ; CE, 24 octobre 2009, *CHR Orléans*, JCPA 2009, 2026, note Marcel SOUSSE.

¹¹¹⁴ QUÉZEL-AMBRUNAZ Christophe, « *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs* », Gaz. Pal. 3 mars 2009, p. 10 ; BOUSSARD Sabine, « *Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière* », RFDA 2008, p. 1023.

En conséquence, il est difficile de considérer que celle-ci est devenue une règle de droit à part entière, à la fois guide pour l'action et guide pour le jugement. Si elle est indubitablement une norme juridique, elle n'est sans doute pas encore une règle de droit malgré sa réception par les juridictions judiciaires. Il reste que cet exercice de qualification ne suffit pas pour se prononcer sur son importance dans l'ordre juridique. Il importe alors d'interroger sa force normative.

B. La force normative de la nomenclature *Dintilhac*

Interroger la force normative¹¹¹⁵ de la nomenclature *Dintilhac* conduit à s'intéresser aux trois pôles qui concourent à approcher, sinon déterminer, celle-ci : la valeur, la portée et la garantie normatives¹¹¹⁶. Le premier pôle est relatif à la force que la norme reçoit de l'ordre juridique notamment, selon son auteur ou sa place dans la hiérarchie des normes ; le deuxième tient compte de l'effectivité de la norme, sa réception par le corps social. Le troisième s'intéresse à la façon dont le droit garantit le respect de la norme et sa validité, par exemple en admettant qu'elle puisse être mobilisable par le juge, opposable ou invocable par le justiciable.

Le premier pôle a déjà été examiné : lorsque nous avons conclu à la nature normative de la nomenclature *Dintilhac*, c'est sa valeur normative qui intéresse. Il reste alors à examiner la portée normative (I), relativement simple à déceler ; et la garantie normative, plus délicate à mesurer (II).

I. La portée normative de la nomenclature *Dintilhac*

La force normative de la nomenclature *Dintilhac* est avant tout fonction de son effectivité, c'est-à-dire sa réception par la société et, plus précisément, par les acteurs de l'indemnisation du dommage corporel. Comme évoqué plus haut, sans doute encouragées par la circulaire du 22 février 2007, les juridictions judiciaires lui confèrent un retentissement certain. Celui-ci est largement corroboré par la pratique non juridictionnelle.

Ainsi, les dirigeants d'organismes d'indemnisation ont tôt fait savoir leur intention d'appliquer la nomenclature¹¹¹⁷. Par exemple, la Commission nationale des accidents

¹¹¹⁵ TIBIERGE Christophe et autres, *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009.

¹¹¹⁶ *Ibidem*, p. 813.

¹¹¹⁷ Colloque du Conseil national des barreaux, 28 novembre 2007, *Gaz. Pal.*, 18 et 19 avril 2008, p. 46.

médicaux a « demand[é] aux CRCI de procéder selon les préconisations du rapport *Dintilhac* à l'indemnisation des préjudices des victimes dont la demande est recevable ». Dans cette logique, le « référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM » précise que la liste des postes de préjudice sur lequel il s'appuie est celle du rapport *Dintilhac*.

Quant aux assureurs, dans leur très grande majorité, ils se sont montrés enthousiastes, vantant cette nomenclature « qui présente le mérite d'apporter un environnement juridique défini et harmonisé » et réclamant sa légalisation. Dès décembre 2006, ils se sont d'ailleurs engagés à l'appliquer. Enfin, il semble que les médecins conseils de victimes et les avocats ont tendance à y voir un texte de droit positif¹¹¹⁸ et plus prosaïquement qu'il existe « une sorte d'entente » en faveur de son application dans les procédures amiables comme devant les juridictions judiciaires.

La nomenclature est donc d'ores et déjà dotée d'une grande portée normative, parce qu'elle est effectivement appliquée par les acteurs de l'indemnisation du dommage corporel. Ce constat fait même douter de l'utilité d'une consécration légale ou réglementaire, sous réserve de ce que celle-ci pourrait apporter en termes de sécurité juridique, tant il est vrai que « les manifestations de bonne volonté ne garantissent pas toujours une mise en œuvre effective des nouvelles références ».

Cette portée normative s'explique aisément. Il est d'abord habituel d'observer combien la société civile prend une place active dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit étatique. En ce sens, la commande de rapports publics peut apparaître comme une forme d'association de la société civile à l'élaboration des textes. Toutefois, cette dimension *a priori* démocratique de la production normative ne saurait suffire à légitimer le résultat obtenu. Des circonstances supplémentaires paraissent nécessaires. En l'espèce, cette légitimité est certaine, en raison de la composition du groupe de travail et des efforts accomplis ainsi que de l'inscription des conclusions formulées dans la continuité de travaux précédents, comme ceux du groupe *Lambert-Faivre*.

¹¹¹⁸ LIENHARD Claude, *Recours des tiers payeurs : une avancée législative significative*, Dalloz, 2007, p. 452.

Ensuite, « *la qualité intrinsèque* » et le « *sens de la justice morale* »¹¹¹⁹ de la nomenclature confortent sa portée normative. « *Sous réserve de ne pas considérer que toute norme qualitativement irréprochable doit être pour cette seule raison érigée au rang de règle de droit, la qualité de propositions normatives peut apparaître comme source d'une nouvelle positivité* »¹¹²⁰.

Enfin, les décisions rapportées plus haut ont montré que la majorité des juridictions ont pris pour habitude de motiver leurs décisions en se référant à la nomenclature *Dintilhac*. Est ainsi à l'œuvre une loi sociologique d'imitation et de répétition qui concourt à la formation de la jurisprudence. Forte de ces justifications, la portée normative de la nomenclature est certaine. Elle renforce ainsi sa valeur normative aujourd'hui relativement faible, telle qu'elle a été décrite plus haut. Tourner désormais le regard vers le pôle de la garantie normative permettra d'achever de se forger une opinion sur sa force normative.

II. La garantie normative de la nomenclature *Dintilhac*

Il convient ici de s'interroger sur la manière dont l'ordre juridique garantit la nomenclature *Dintilhac* et notamment de se demander comment celui-là réagit lorsque celle-ci est écartée ou malmenée et, s'il est permis aux justiciables d'en réclamer l'application par le juge. Parce qu'on peut présumer qu'à une faible valeur normative correspond une faible garantie normative, une réponse dubitative paraît s'imposer. Toutefois, cette présomption mérite d'être ici écartée, pour deux raisons.

D'abord, si la loi du 21 décembre 2006 n'impose pas à la lettre l'application ou le rejet de la nomenclature, on peut se demander si le législateur n'a pas entendu implicitement faire de celle-ci la référence obligée en matière d'indemnisation du dommage corporel. L'argument est fragile car le silence de la loi peut être compris de deux manières. Il est possible en effet d'estimer que la nomenclature a été implicitement mais nécessairement écartée ou bien, à l'inverse, qu'elle a été nécessairement mais implicitement validée par le législateur.

La première position relève d'une forme de bon sens. En présence d'un rapport commandé par le gouvernement et favorablement accueilli par les acteurs de l'indemnisation, le simple

¹¹¹⁹ Cour de cassation, *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 102.

¹¹²⁰ DEUMIER Pascale, « *La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ?* », RTD civ. 2006, p. 63.

fait qu'il n'en soit pas fait état dans la loi laisse à penser que le législateur n'est pas satisfait des préconisations formulées. En d'autres termes, le silence de la loi vaudrait désaveu. En ce sens, on peut relever une différence de terminologie entre la loi qui parle de « préjudice personnel » et le rapport *Dintilhac* qui préfère employer l'expression « préjudice extrapatrimonial ». En outre, quand bien même un décret viendrait adopter une typologie des préjudices, force est de constater que la loi ne fixe aucune ligne encadrant les prérogatives du Gouvernement. Autant dire que celui-ci pourrait ne pas suivre les propositions du rapport *Dintilhac* et préférer une autre approche. Rien ne permet donc dans cette optique de considérer que l'ordre juridique offre une garantie à la nomenclature des préjudices.

La seconde position est plus convaincante. À l'exact opposé de la première position, il est permis de penser que la nomenclature *Dintilhac* a reçu l'approbation implicite du législateur. Cette ratification relèverait de la nécessité et de la logique. La loi du 21 décembre 2006 met en place le recours subrogatoire poste par poste ; elle suppose en conséquence une indemnisation préalable poste par poste ; le rapport *Dintilhac* offre à l'heure actuelle un détail des postes seul compatible avec la loi nouvelle. Il en résulte que les demandes nouvelles d'expertises ou de réparation doivent être rédigées conformément à la nouvelle nomenclature à peine d'irrecevabilité.

Ensuite, c'est la seconde raison d'écarter la présomption, il faut bien constater que certaines juridictions exigent désormais que les écritures des parties mettent en œuvre la nomenclature *Dintilhac* à peine d'irrecevabilité tandis que d'autres, certes moins sévères, invitent à présenter les demandes selon la nomenclature¹¹²¹ ou se réservent le droit de les reformuler. Quant à la Cour de cassation, elle s'attache à ce que les juges du fond mettent en œuvre une ventilation précise des préjudices.

Ces éléments traduisent indubitablement une certaine garantie normative qui ne demande qu'à s'accroître, nonobstant une éventuelle consécration légale ou réglementaire. Pour s'en convaincre, il convient de relever le lien potentiel entre la portée normative (l'effectivité de la norme) et la garantie normative (sa protection et sa défense par l'ordre juridique). Ce lien paraît ici avéré en raison de l'usage qui prend corps dans les pratiques expertales, judiciaires et

¹¹²¹ CA Rennes, 10 octobre 2007, *M. Jacques Reynaud*, Juris-Data n° 2007-347907.

transactionnelles. Or, la Cour de cassation française a déjà eu l'occasion de contrôler le respect d'un usage par les juges du fond, lorsqu'il est commandé par la loi¹¹²².

Aussi peut-on se demander si la nomenclature *Dintilhac* ne pourrait pas être visée et acquérir ainsi une garantie normative considérable. Surtout, si l'on décèle au-delà de l'usage une règle coutumière ou si l'on fait de celui-ci une source du droit, la force normative de la nomenclature s'accroît nécessairement puisque l'ordre juridique impose alors de la mettre en œuvre.

Nombreuses sont ainsi les pistes évoquées. Elles témoignent de la configuration si particulière de l'ordre juridique dont les frontières interrogent et dont les éléments posent question. Au-delà des doutes qui subsistent, chaque acteur de l'indemnisation du dommage corporel doit pouvoir mettre en œuvre la nomenclature *Dintilhac* en étant rassuré sur son statut juridique. Il s'agit indubitablement d'une norme juridique dotée d'une force normative en développement. De la sorte, chacun participera à la construction de la force normative d'une norme hors norme.

¹¹²² BACHELLIER Xavier, *La technique de cassation*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2006, p. 82.

Conclusion

Dresser le bilan d'application de la loi du 4 mars 2002 amène immédiatement à porter à l'actif un progrès social considérable que les quelques difficultés ou imperfections qui ont été soulignées au cours de notre discussion ne sauraient en rien contrebalancer. Ce texte permet en effet aux victimes d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale grave, mais qui n'engage aucune responsabilité, ni d'un professionnel des soins ni d'un établissement de santé, d'obtenir l'indemnisation intégrale de ce dommage. Il s'agit là d'une avancée très importante qui place le droit français en tête des droits de la santé au monde pour sa protection des victimes des risques sanitaires.

A priori, on peut estimer que toutes les probabilités sont du côté d'une réussite éclatante de la procédure amiable organisée par la loi. Elle offre en effet aux victimes des avantages décisifs : expertise gratuite présentant des garanties particulières, délais de règlement en principe inférieurs à un an, offre obligatoire d'indemnité par le débiteur désigné par la commission régionale (ONIAM ou assureur), suspension des délais de prescription de recours contentieux et possibilité de conciliation...

Pourtant, le déroulement de la procédure tendant à l'indemnisation rencontre aujourd'hui des obstacles sérieux. Cette procédure est exposée à des risques de blocage qui sont de nature à tenir en échec les efforts du législateur en faveur du règlement amiable qu'il a voulu favoriser.

D'abord, on constate d'ores et déjà l'échec de la procédure de conciliation, qui n'a été jusqu'à présent demandée que dans moins de 3 % des cas. D'ailleurs, cela ne surprend guère car il en a toujours été ainsi pour les tentatives d'instaurer une conciliation, notamment avant la procédure judiciaire contentieuse.

Par ailleurs, nous avons constaté précédemment, que l'accompagnement des victimes demeure insuffisant et qu'il serait indispensable de le renforcer, au besoin en conseillant le

ministère d'avocat et en organisant une prise en charge financière par un système analogue à l'aide juridictionnelle.

En effet, un risque de blocage de la procédure de règlement amiable est imputable à l'ONIAM qui a ouvertement contesté l'autorité, à son égard, des avis rendus par les CRCI sur le fondement de l'article L. 1142-8 du Code de la santé publique. Il a refusé, en conséquence, de présenter une offre d'indemnité dans certains cas où l'avis avait pourtant constaté l'existence d'un fait dommageable relevant de la solidarité nationale. Une réaction ferme contre cette dérive est donc évidemment nécessaire et la balle est à présent dans le camp de l'autorité réglementaire qui doit au plus vite lever toute ambiguïté sur l'obligation qui s'impose à l'ONIAM de présenter l'offre d'indemnité dans le délai prévu par la loi dès lors que l'avis de la CRCI est favorable à la prise en charge du dommage par la solidarité nationale.

Enfin, le système de règlement amiable tel qu'il est implanté comporte également des risques quant au respect de l'égalité de traitement entre les victimes car les CRCI sont amenées à interpréter des notions qui n'ont rien d'évident sans être soumises au contrôle d'un organisme compétent pour harmoniser cette interprétation. En outre, les règles auxquelles elles sont soumises quant à la publicité et à la motivation de leurs décisions ne permettent nullement de vérifier qu'elles appliquent toutes un traitement identique aux victimes.

Conclusion Générale

Dans notre société, nous sommes de plus en plus exposés aux accidents corporels, notamment aux accidents médicaux. La science médicale s'efforce d'apporter remède aux souffrances des patients. Cependant, ces derniers subissent parfois des dommages causés par l'activité du praticien qui leur délivre un produit ou, plus généralement, un service.

La jurisprudence est à l'origine d'une œuvre importante destinée à permettre à la responsabilité pécuniaire, civile ou administrative, de remplir sa fonction réparatrice. C'est la volonté de mieux indemniser les victimes de dommages corporels qui a bouleversé la responsabilité administrative au point, parfois, de négliger ses conditions d'application dommage, fait générateur et lien de causalité.

La loi française du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et la loi libanaise du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé permettent d'attester d'un véritable changement de modèle dans la philosophie qui guide le législateur en ce qui concerne les relations entre les médecins et les patients.

Auparavant, l'Ordre des médecins était à l'initiative de l'évolution des règles en matière d'information des patients. Celles-ci étaient contenues dans le Code de déontologie médicale, dont la modification éventuelle renvoyait à l'initiative de l'ordre professionnel. On aurait d'ailleurs pu imaginer que le Code de déontologie médicale évolue, à l'initiative de l'Ordre des médecins, pour édicter des normes juridiques identiques, au fond, à celles qui résultent de la loi relative aux droits des patients, auquel cas ce pan de la réforme eût été techniquement inutile. Faute d'une telle initiative, l'Ordre des médecins a amené le législateur à intervenir dans un domaine relevant traditionnellement de la régulation déontologique. Désormais, les médecins ont le devoir d'informer leurs patients qui disposent d'un véritable droit subjectif à être informés.

Ce faisant, les deux lois concernées en France comme au Liban constituent une indéniable avancée démocratique, mettant fin à une hypocrisie institutionnelle, la préparation des Codes de déontologie médicale par les médecins laissant croire que ces règles ne concernaient effectivement que ceux-ci. Une partie des relations entre les praticiens médicaux et les patients est donc désormais du domaine de la loi. De ce point de vue, la loi « démocratie sanitaire » porte sans doute bien son nom.

Par conséquent, que de chemin parcouru depuis l'article de Pierre SANDEVOIR¹¹²³ publié en 1996, l'un des premiers à avoir mis en exergue le rapprochement des régimes de la responsabilité médicale publique et de la responsabilité médicale privée. L'auteur, prudent, concluait alors son étude en des termes très nuancés : « *Par delà certaines similitudes ou certains rapprochements, dus à la nature propre des activités, le juge administratif maintient cependant, ici, l'autonomie du droit public, voulue en France, dans la construction d'une administration efficace et libérale, depuis la révolution de 1789 et le célèbre principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires* ». Vingt ans après, l'étude comparée des règles d'engagement des responsabilités médicales publique et privée débouche sur une issue autrement plus radicale. L'unification générale est manifeste, reléguant au second plan toute idée d'autonomie du droit public ou de spécificité de la responsabilité médicale publique et de ses règles d'engagement. Les propos tenus par Louis DUBOUIS en 2002, avant l'adoption de la loi du 4 mars 2002 de cette même année, étaient déjà beaucoup plus proches de la réalité actuelle : « *L'harmonisation du droit de la responsabilité médicale a atteint un très haut niveau et, selon toute vraisemblance, celui-ci ne devrait pas cesser de s'élever. Le constat que l'on peut établir aujourd'hui nous paraît susciter plus d'interrogation sur la validité de la distinction droit privé-droit public dans ce domaine* »¹¹²⁴.

Par contre, l'affirmation de l'unification générale des règles d'engagement de la responsabilité médicale ou de la perte substantielle de la spécificité des règles d'engagement de la responsabilité médicale publique, ne signifie pas et n'implique pas une absence totale de spécificité. Certes, l'unification globale focalise toute l'attention dans la mesure où elle est la plus visible et où elle domine très largement la matière. Par certains aspects, il y a donc bien

¹¹²³ SANDEVOIR Pierre, « Unité et diversité du contentieux administratif et du contentieux judiciaire dans le droit de la responsabilité hospitalière », in *Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 459-479.

¹¹²⁴ DUBOUIS Louis, « La distinction droit public-droit privé à l'épreuve de l'évolution de la responsabilité médicale », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 196.

toujours une « autonomie du droit public » dans le cadre de la responsabilité médicale, en ce sens notamment que le juge administratif conserve et utilise souvent ses propres instruments pour parvenir au final à des solutions parfaitement identiques à celles qui sont consacrées par son homologue judiciaire.

En France, par les questions fondamentales qu'elle aborde, la loi Kouchner est donc essentielle, elle constitue en quelque sorte le squelette sur lequel repose désormais le droit de la santé. Tandis que, malheureusement, au Liban, cette loi n'a pas eu une traduction complète dans l'esprit et les textes du législateur libanais. Le patient libanais est encore loin, par sa conscience juridique des droits que la mutation des notions juridiques lui offre en sa faveur.

De son côté, 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 rappeler¹¹²⁵.

Il en résultait, dans le contexte particulier du dualisme juridictionnel, une sorte d'« émulation créatrice » jurisprudentielle et des désaccords, certes « stimulants »¹¹²⁶, 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.

¹¹²⁵ Sur les origines de la loi ainsi que les circonstances de son adoption, voir TABUTEAU Didier, « *Bilan de la loi Kouchner du 4 mars 2002* », RGDM, 2009, n° 33, p. 105 et s.

¹¹²⁶ Selon les expressions de C. MAUGÛÉ et J.-P. THIELLAY, *op. cit.*, p. 35 et 36.

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 nous semble que deux tendances principales se dégagent des dispositions de la loi du 4 mars 2002. Elle établit tout d'abord un nouvel équilibre entre responsabilité et solidarité. Elle contribue également à l'affirmation des droits des personnes malades et, ce faisant, à une redéfinition des modalités de la réparation.

Cette loi consacre, dans des hypothèses qu'elle définit, une nouvelle exigence de solidarité nationale et recentre les régimes de responsabilité autour de la faute. Elle a également des incidences sur les contentieux pénal et disciplinaire.

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 législateur. Cet essor de la solidarité en matière d'accidents médicaux et d'infections nosocomiales s'est fait dans un cadre innovant. Cette dynamique, qui a été renforcée par le passage dans le giron de la responsabilité de régimes plus ponctuels, n'est toutefois pas sans limites.

La loi du 4 mars 2002, telle que complétée notamment par la loi du 30 décembre 2002¹¹²⁷, 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.

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 gravité 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 discussion au-dessus, assez difficile à appréhender concrètement. Sur ces points, la loi a mis fin de manière opportune à la

¹¹²⁷ Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, op. cit.

divergence qui existait entre les deux ordres de juridiction quant à la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique¹¹²⁸.

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 2003, elle relève de la solidarité nationale, dès lors que le taux d'incapacité permanente partielle est supérieur à 25% ou que le patient est décédé. La loi a sur ce point fait converger et aboutir les tendances jurisprudentielles dégagées en matière d'indemnisation des dommages causés par les infections nosocomiales¹¹²⁹. 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 abandonnée¹¹³⁰.

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 précaution, 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*¹¹³¹, à être étendue à la gestion préventive d'autres contentieux, en dehors même de la sphère sanitaire.

¹¹²⁸ Si le Conseil d'Etat 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*, Rec. CE, 1993, 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. 2000, I, n°287, p. 186.

¹¹²⁹ Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'une infection nosocomiale révèle une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service : CE, 9 décembre 1988, *Cohen*, Rec. CE, 1988, 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. 1999, I, n° 220, p. 141.

¹¹³⁰ Le régime de responsabilité construit de manière prétorienne par le Conseil d'Etat 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. CE, 2002, p. 315 et CE, 2 février 2011, *Leverne*, n° 320052, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr).

¹¹³¹ Une expression latine signifiant : « en effectuant les changements requis ».

Toutefois, la solidarité, malgré son essor, n'implique pas une réparation de tous les dommages causés lors d'une prise en charge médicale : elle n'est donc pas une garantie générale contre le risque médical. En premier lieu, l'aléa thérapeutique n'est pas une catégorie juridique prenant en compte tous les événements indésirables ou inexplicables. L'accouchement, par exemple, n'est 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 déjà évoquées de recours à la solidarité nationale limitent le champ de celle-ci aux dommages les plus graves.

Si la loi du 4 mars 2002 a parfois repris des principes jurisprudentiels, elle « innove radicalement » 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.

Du fait du développement des régimes de solidarité, la responsabilité sans faute n'occupe plus qu'une place marginale, d'autant que le législateur a lui-même posé le principe de l'exigence d'une faute.

La responsabilité sans faute ne joue plus qu'un rôle marginal, elle n'existe plus que par exception. Comme cela a été souligné, hormis quelques régimes jurisprudentiels qui subsistent¹¹³², deux exceptions législatives au principe de la faute ont été posées par l'article L. 1142-1 du code de la santé publique français.

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 dispositions. 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. Le Conseil d'État français a également montré à quel point cette notion de « cause étrangère »

¹¹³² En matière, par exemple, de collaboration occasionnelle au service public hospitalier ou de placement médical surveillé des malades mentaux.

représentait un ensemble quasi-vide, en l'absence de faute de la victime, de force majeure ou de cas fortuit¹¹³³.

Outre cette première exception, l'article L. 1142-1 du code de la santé publique français réserve également les cas où la responsabilité est encourue à raison d'un défaut d'un produit de santé. En cette matière, le développement qui lui a été consacré l'a 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 mis en circulation et qu'il est défectueux¹¹³⁴, et le régime jurisprudentiel existant, tel qu'issu de l'arrêt *Marzouk*¹¹³⁵, est si délicate que la question a été renvoyée à la sagesse de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹³⁶.

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.

La loi du 4 mars 2002 a en outre affirmé, à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique français, la faute comme le fondement principal de la responsabilité médicale. La place essentielle de la faute a procédé de la volonté du législateur français 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 administrative¹¹³⁷ que judiciaire, et sauf en matière de diagnostic prénatal où le législateur a posé la condition d'une faute caractérisée¹¹³⁸, il faut constater l'heureuse et

¹¹³³ CE, 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, n°328500, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr

¹¹³⁴ La loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité des produits défectueux, publiée au JO du 21 mai 1998, n° 117, p. 7744 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).

¹¹³⁵ CE, 9 juillet 2003, *AP-HP c/ Marzouk*, Rec. CE, 2003, p. 530. Cette jurisprudence oblige les établissements publics de santé à réparer, même en l'absence de faute, les dommages dus à des produits défectueux.

¹¹³⁶ CE, 4 octobre 2010, *CHU de Besançon*, n° 327449, RGDM, n° 38, mars 2011, p. 479 : CJUE, 21 décembre 2011, *CHU de Besançon / Dutreux*, aff. C-495/10.

¹¹³⁷ CE, ass., 10 avril 1992, *Epoux V.*, Rec. CE, 1992, p. 171 ; Voir également, en matière d'intervention médicale en urgence : CE, sect., 20 juin 1997, *Theux*, Rec. CE, 1997, p. 253.

¹¹³⁸ 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

presque complète unification du régime de responsabilité pour faute autour de la faute médicale¹¹³⁹. Celle-ci peut, dans certains cas circonscrits, être présumée ou révélée, ainsi que le relève la jurisprudence, notamment pour les actes de soins courants¹¹⁴⁰. 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. Elle contribue également à une plus grande sécurité juridique et à l'affirmation des droits des personnes malades.

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. Les évolutions subséquentes ont également conduit à une redéfinition des modalités d'indemnisation mettant la victime dans une situation plus favorable qu'auparavant. 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. Il convenait donc aussi qu'elle homogénéise les régimes juridiques applicables et garantisse l'égalité de tous devant la loi.

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, 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 administrative¹¹⁴¹. 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 trentenaire¹¹⁴². L'instauration d'une prescription décennale unique est donc une avancée significative¹¹⁴³. 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 naissance.

patiente (CE, 19 février 2003, *M. et Mme Maurice / Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, AJDA 2003, p. 854).

¹¹³⁹ Sans aucune qualification.

¹¹⁴⁰ Voir encore, 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*, Rec. CE, 2009, Tables, p. 942.

¹¹⁴¹ Dans le même sens, A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, Paris, Thémis, 2009, p. 449 et s.

¹¹⁴² Aucune modification à ce stade en droit libanais concernant le délai quadriennal de prescription des échéances financières dues à l'administration publique.

¹¹⁴³ Art. L. 1142-28 du CSPF.

La loi a aussi permis de préciser le droit applicable aux expertises, notamment avec la mise en place la Commission nationale des accidents médicaux qui inscrit les experts sur une liste nationale et contribue à leur formation, comme nous l'avons déjà présentée.

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, 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 française et de 2000 pour le Conseil d'Etat français¹¹⁴⁴, 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 médical¹¹⁴⁵.

La notion même de perte de chance est complexe, tant elle se manifeste en jurisprudence à la fois comme un préjudice particulier et comme une distorsion, on 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 présomptions de causalité. 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 souplement que la première, d'une manière probabiliste.

Des présomptions, légales cette fois-ci, existent également en matière transfusionnelle. 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 2011, qui font prévaloir la présomption légale qui s'attache à la cause transfusionnelle du fait de la

¹¹⁴⁴ Cass., 1^{ère}, civ., 7 février 1990, n° 88-14797, Bull. 1990, I, n° 39, p. 30 et CE, sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, Rec. CE, 2000, p. 5.

¹¹⁴⁵ Cass., 1^{ère}, civ., 28 janvier 2010, n° 09-10992, Bull. 2010, I, n° 20 ; CE, 30 mars 2011, *ONIAM c/ Hauteux*, n° 327669, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr

rédaction même de l'article 102 de la loi du 4 mars 2002, qui précise que « le doute profite au demandeur »¹¹⁴⁶.

La loi du 4 mars 2002, telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat 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. 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 subsistent¹¹⁴⁷.

Les différents préjudices indemnifiables ont donc été affinés et sont désormais analysés poste par poste¹¹⁴⁸. Même si des divergences subsistent entre les ordres de juridiction¹¹⁴⁹, cette évolution constitue une clarification bienvenue pour les victimes.

Enfin, ce texte fondateur a été, avec un recul presque décennal, 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.

Elle démontre que cette loi a atteint beaucoup d'objectifs qu'elle s'assignait. Elle a pris acte de mutations importantes dans la relation entre les patients et le système de santé et elle a ouvert la voie à des évolutions majeures des institutions sanitaires. La loi a parfois confirmé et parfois contredit ou rendu sans objet la jurisprudence antérieure du Conseil d'État. Elle a également constitué le point de départ de nouvelles jurisprudences. Mais ce n'est pas cela qui importe : elle a en effet, dans tous les cas, consacré de nouveaux droits pour les patients et jeté les bases de nouveaux rapports, moins paternalistes, plus mûrs, plus éclairés entre malades et médecins.

¹¹⁴⁶ CE, 19 octobre 2011, *Vidal*, n° 339670, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr ; CE, 19 octobre 2011, *Barbier*, n° 338686, www.legifrance.gouv.fr

¹¹⁴⁷ Voir également S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, « *La réparation des préjudices, un chantier encore ouvert* », *AJDA*, 2009, p. 360 et s.

¹¹⁴⁸ Contrairement à la pratique jurisprudentielle libanaise, le juge libanais tend vers une appréciation globaliste.

¹¹⁴⁹ CE, sect., 4 juin 2007, *Lagier*, *Rec. CE*, 2007, p. 228.

Le juge, quant à lui, est le serviteur de la loi. Sa mission est de l'interpréter, de l'appliquer de manière pleine et entière, de la faire vivre. Le juge administratif français s'est donc attaché à veiller en permanence à la mise en œuvre de la lettre et de l'esprit de la loi du 4 mars 2002. Dans le droit fil de cette loi, il s'est par la suite en permanence interrogé sur les meilleurs équilibres à atteindre entre les droits des personnes malades et les devoirs des professionnels de santé consignés dans la loi ou les règles de déontologie, entre les droits des personnes malades, qui doivent parfois être conciliés entre eux, et des impératifs forts d'intérêt général ou encore entre les exigences de la responsabilité et celles de la solidarité.

Des questions demeurent certes et des avancées vers une plus grande démocratie sanitaire et une meilleure réparation des préjudices sont, à juste titre, attendues, tout comme il faut certainement progresser vers un égal accès aux soins. Mais, dix années après sa naissance, on peut sans se tromper affirmer que la loi du 4 mars 2002 a été et reste une grande loi.

Ces progrès scientifiques et techniques, ces progrès médicaux, devaient aller de pair avec la prise en compte de l'autonomie, on n'ose dire de l'émancipation, des personnes. La médecine, comme du reste la justice, ne peut vivre, aussi performante soit-elle, adossée au seul principe d'autorité. Des principes de responsabilité, plus souples et non stigmatisants, devaient être consacrés, tout comme devait être promue la démocratie sanitaire, avec une représentation collective des patients et la prise en compte des droits des personnes malades.

Nous concluons que, la spécificité de la responsabilité médicale publique se traduit de deux façons. En premier lieu, celle-ci est spécifique non pas par rapport à son binôme, la responsabilité médicale privée, mais par rapport à un ensemble beaucoup plus grand dans lequel elle s'insère, bien qu'il la dépasse, la responsabilité publique. La responsabilité médicale publique occupe ainsi une place à part au sein de cette responsabilité générale. Elle est le siège de nombreuses évolutions qui traversent la responsabilité publique et apparaît véritablement comme son « laboratoire d'analyse ». Elle a expérimenté un nouveau modèle particulier de responsabilité, à la fois très proche du modèle de responsabilité privée en raison d'importants transferts de solutions et de l'intervention ponctuelle du législateur, tout en étant encore autonome et distinct sur certains aspects parfois majeurs de son régime. En second lieu, la spécificité de la responsabilité médicale publique tient plus précisément à ce modèle particulier de responsabilité « en cours d'installation », modèle qu'il faut alors envisager avec son binôme, la responsabilité médicale privée. La question est dès lors la suivante : vers quel

modèle de responsabilité médicale s'achemine-t-on ? Vers un système de responsabilité légalement encadré mais qui octroie encore un large rôle aux juges administratif et judiciaire dans sa mise en œuvre ? Dans cet esprit, on attend par conséquent avec curiosité et confiance l'intervention du législateur libanais en la matière pour compléter ce qu'il a débuté en 2004 par la loi relative aux droits des malades et au consentement éclairé.

La loi libanaise relative aux droits des malades et au consentement éclairé illustre une avancée certaine au niveau de la relation du médecin avec son patient. D'ailleurs, cette avancée est restée limitée au domaine de l'obligation du médecin d'informer son malade et du consentement de ce dernier à l'intervention médicale. En outre, le droit du malade d'obtenir une copie de son dossier médical est édicté par la loi du 2004. Dans celle-ci, le législateur libanais a prévu des droits au médecin et au malade sans prévoir les sanctions nécessaires. D'où la charge importante qui se repose aux épaules des magistrats en vue de rendre justice et équité.

La question de la responsabilité du service public hospitalier reste un sujet muet dans la vie politique, juridique et sociale au Liban. Elle est rarement abordée ni au niveau de la jurisprudence ni au niveau de la doctrine. Les intérêts politiques empêchent l'évolution du droit de la responsabilité médicale vers des dispositions favorables aux malades. Le manque de moyens, la corruption, les conflits d'intérêts politiques et l'inconscience du citoyen de ses droits créent un obstacle à la naissance et à l'évolution des notions nouvelles en matière de l'indemnisation des malades victimes des accidents médicaux. L'état délicat du secteur hospitalier public au Liban empêche de s'imaginer ni une responsabilité engagée sans faute ni une indemnisation sur le fondement de la solidarité nationale.

Il semble que l'idée d'un système d'assurance garantissant les dommages causés aux usagers du service public hospitalier pourrait fonctionner. Afin de maintenir une justice sociale, l'État s'engage à couvrir les primes dues aux compagnies d'assurances. Le juge administratif ne ferait plus face aux craintes financières. Dans cette perspective, le remède de l'injustice sociale au Liban reste comme toujours un effort commun des deux secteurs public et privé.

Bibliographie

Dictionnaires

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, oct. 2003.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007.

DREYER Emmanuel, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006.

LECOURT Dominique (dir.), *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, Coll. Quadrige, 2004.

Ouvrages généraux

AWJI Mostafa, *la responsabilité civile*, Beyrouth.

BAZ Jean, *La juridiction administrative au Liban*, Beyrouth, 1962.

CARBONNIER Jean, *Droit civil, les obligations*, PUF Thémis, 22^{ème} éd., Paris, 2000.

CHAPUS René, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, Paris 1953.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, 15^e éd., tome 1, Montchrestien, 2001.

CHEVALLIER Jacques, Présentation in C.U.R.A.P.P. (centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), *Public/Privé*, Paris : PUF, 1995.

CLÉMENT Jean Marie et CLÉMENT Cyril, *Cours de droit hospitalier*, Tome 2, 3^{ème} éd., LEH, 2004.

DEMICHEL André, *droit médical*, Berger-Lévrault, 1983.

LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, BERTRAND Mathieu, *Droit de la santé*, PUF, 2009.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^{ème} édition, Dalloz, 2005.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^{ème} édition, Dalloz, 2011.

MÉMETEAU Gérard, *Cours de droit médical*, 4^{ème} éd., LEH, 2011.

MOREAU Jacques et TRUCHET Didier, *Droit de la santé publique*, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2004.

PAILLET Michel, *La responsabilité administrative*, Paris : Dalloz, 1996.

SAVATIER René, *Traité de responsabilité civile*, Dalloz, 2^{ème} édition.

TERRÉ Franck, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009.

TRUCHET Didier, *Le Droit public*, Paris : P.U.F., 2003.

VEDEL Georges et DELVOLVÉ, *Droit administratif*, tome 1, PUF, 12^{ème} éd., coll. Thémis droit public, 1992.

VINEY Geneviève, JOURDIN Patrick, *Traité de droit civil*, LGDJ 2006.

Ouvrages spécialisés

Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale (ANDEM), « Guide pratique pour la réalisation d'une conférence de consensus », 1992.

ALMÉRAS Jean-Pierre et PÉQUIGNOT H., *La déontologie médicale*, Litec, 1996.

AMBROSELLI Claire, *L'éthique médicale*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1988.

BACHELLIER Xavier, *La technique de cassation*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2006.

BATTEAU Pierre et MARCIANO Jean-Pierre, *Probabilités et décisions dans l'incertain*, P.U.F., 1976.

BERNSTEIN Peter, *Plus forts que les dieux-La remarquable histoire du risque*, Flammarion, Paris, 1998.

BLANCO Franck, *La loi du 4 mars 2002 et les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation*, PUAM, 2005.

CASTELLETTA Angélo, *Responsabilité médicale, Droits des malades*, Dalloz, Paris, 2002.

CHIAVERINI Philippe, MARTINEZ Éric, MICHELANGELI Laure, *Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, LEH, 2004.

Cour de cassation, *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

D'AUMALE Geoffroy, *La programmation des décisions*, PUF, Paris, 1968.

DE BERNARDINIS Christophe, *Les droits du malade hospitalisé*, éd. Heures de France, 2006.

DEGUERGUE Maryse, *jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994, p. 426.

DORSNER-DOLIVET Annick, *La responsabilité du médecin*, Paris : Economica, 2006.

DUPONT Marc, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, PAIRE Christian, *Droit hospitalier*, 6^e éd. Paris : Dalloz, 2007.

Études en l'honneur de Pierre SANDEVOIR, *Service public, services publics*, l'Harmattan, 2000.

FAUGEROLAS Patrick, *Le directeur d'hôpital face aux juges*, Paris : Ellipses, 1998.

GIRER Marion, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux : LEH, Collection Thèses, 2008.

GRAPIN Christiane, *La responsabilité chirurgicale*, Sauramps médical, 2001.

GROSIEUX Patrick, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, PUM, 2003.

HASSENTEUFEL Patrick, *Les médecins face à l'État une comparaison européenne*, Presses de Sciences Po, 1997.

ISRAËL Lucien, *La décision médicale, essai sur l'art de la médecine*, Paris, 1980.

JOURDAIN Patrice, *La réforme des recours des tiers payeurs : des victimes favorisées*, Dalloz, 2007.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Le droit du dommage corporel*, Dalloz 1996.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Droit du dommage corporel, système d'indemnisation*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2004.

LECOURTIER Pierre, *La perte de chance*, Dalloz, chronique, 1972.

LIENHARD Claude, *Recours des tiers payeurs : une avancée législative significative*, Dalloz, 2007.

MAUGÜÉ Christine, *La responsabilité du service public hospitalier*, L.G.D.J., 2010.

Mélanges en hommage à Roland Drago, *L'unité du droit*, Economica, 1996.

Mélanges en hommage à Jean Waline, *Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, 2002.

MÉMETEAU Gérard, *Traité de responsabilité médicale*, Les études hospitalières, 1996.

MÉMETEAU Gérard (dir.), *Manuel de droit des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation*, LEH, 2004.

MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris : LGDJ, 1999.

NAKIB Atef, *La responsabilité des faits personnels*, Beyrouth.

ONIAM, Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, 2008.

ONIAM, Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, 2005.

PAOLLAGGI Jean-Baptiste, « *La décision médicale* », cours dans le cadre du DIU éthiques et pratiques médicales, session de janvier 2001.

PENNEAU Jean, *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, PUF, 1975.

PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996.

PERROT R., *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 13^{ème}, 2008.

RANGEON François, *l'idéologie de l'intérêt général*, Paris : Economica, 1986.

RENOUX Thierry, *L'indemnisation publique des victimes d'attentat*, Economica, 1988.

SAVATIER René, *La responsabilité médicale*, RIDC, 1976, p. 493 et

THEIL Pierre, *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, textes recueillis par Marcel Eck et Michel Boitard, Paris : Fayard, 1968.

THOUVENIN Didier, *Commission nationale des accidents médicaux*, RHF 2008.

TIBIERGE Christophe et autres, *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009.

VIALLA François, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Litec, Bibl. de droit des entreprises, Tome 39, 1998.

ViALLA François (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris : LGDJ, 2009.

VINCENT Jean, GUINCHARD Serge, MONTAGNIER Gabriel, *Institutions judiciaires*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2000.

VOUIN René, *Le juge et son expert*, Dalloz, Chronique, 1955.

Waline Jean, *L'évolution de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, EDCE, 1995.

Thèses

CAHEN-SALVADOR Jean, *La représentation des intérêts et les services publics*, thèse en droit soutenue à Paris en 1935.

DEJEAN DE LA BATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto*, Thèse, Paris, 1965.

DU BOIS DE GAUDUSSON Jean, *L'usager du service public administratif*, Paris : LGDJ, 1974.

FINOT Annick, *Responsabilité administrative des établissements publics de santé dans l'exercice des professions paramédicales*, thèse en droit public soutenue en 2007 à l'université des Antilles et de la Guyane.

GUÉVENOUX Agnès, *L'évolution du droit médical : vers un rapprochement des régimes de responsabilité privée et publique*, thèse en médecine soutenue à Poitiers le 9 mars 2000.

KAMKAR Caroline, *Les limites de la faute : Essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale*, thèse en droit, université Lyon III, 2006.

MORLAAS-COURTIES Maud, *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux*, Thèse de droit soutenue à Montpellier, 1999.

PLACINES Bertrand, *La conférence de consensus : Une technique d'évaluation ?*, Thèse de doctorat soutenue à Angers, 1993.

POCHAT Hélène, *Les transformations du droit hospitalier contemporain*, thèse en droit public soutenue à Nantes le 8 juillet 2005.

Articles

ALT-MAES Françoise, « *La faute éthique pour défaut d'information* », Revue générale de droit médical, n° 37, décembre 2010, p. 35.

ALT-MAES Françoise, « *Esquisse et poursuite d'une dépenalisation du droit médical* », JCP, n° 49, I, 184.

AUBY Jean-Marie, « *Aperçus sur la situation juridique du malade dans le système de santé français* », LPA, 21 mai 1997, n° 61, p. 5.

BLANCO Franck, « *sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les CRCI* », RDSS, 2006, p. 76.

BOUSSARD Sabine, « *Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière* », RFDA 2008.

BRUNET Jean-Patrick, « *Observations critiques sur l'obligation in solidum en responsabilité délictuelle* », Gaz. Pal., 1965, 2, doc., p. 75.

CASSON Philippe, « *Le recours des tiers payeurs : une réforme en demi-teinte* », JCP, éd. G., 2007, I, 144.

CHABAS François, « *Les infections nosocomiales, responsabilité liée en droit privé et en droit public* », Gaz. Pal. 23 avril 2002, n° 113, p. 2.

CHAVRIER Géraldine, « *Etablissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence* », RDSS, n° 2, 2006, p. 274.

CHEVALIER Jacques, « *L'intérêt général dans l'administration française* », Revue internationale des sciences administratives, 1975, n° 4, P. 325-350.

COULY S., « *La non-assistance à péril et les principaux acteurs hospitaliers* », Cahiers hospitaliers 2000, n° 156, p. 26.

CRISTOL Danièle, « *Le service public hospitalier français* », RDP, 1997, P. 803.

DARCY Gilles, « *La responsabilité des établissements publics hospitaliers* », Les petites affiches, 1999, n° 189, p. 37.

DAUBECH Lin, « *Le statut du patient hospitalisé : vers l'incertitude juridique ?* », LPA, 21 mai 1997, n° 61, p. 9-14.

DAVID Gérard, « *Introduction, la médecine, science appliquée* », in « *L'exercice médical dans la société : hier, aujourd'hui, demain* », actes du colloque organisé par l'Ordre National des médecins les 29 et 30 septembre 1995 à Paris.

DEGUERGUE Maryse, « *Droits des malades et qualité du système de santé* », AJDA, 2002, p. 508 et s.

DEUMIER Pascale, « *La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ?* », RTD civil 2006.

FAUGEROLAS Patrick, « *Sécurité, précaution et responsabilité du directeur d'hôpital* », RDSS 1999, n° 3, p. 546.

GRIDEL Jean-Pierre, « *Le refus de soins au risque de la mort* », Gaz. Pal. 2002, n° 3, p. 997.

HARICHAUX Michèle, « *L'obligation du médecin de respecter les données de la science* ». JCP, éd. G., 1987, n° 47, 3306.

HERMANN Jeannine, « *Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration* », D. 1998, 19^e cahier, Chron. P. 195 et s.

« *Histoire des hôpitaux : La révolution II* », www.lemonde.fr, 26 février 2009.

KAYSER Pierre, « *La solidarité en cas de faute* », Revue critique, 1931, p. 197.

LAUDE Anne, « *Les droits collectifs des usagers du système de santé* », LPA, 19 juin 2002, n° 122, p. 23.

LAUDE Anne, « *l'indemnisation collective des accidents thérapeutiques* », in le nouveau droit des malades, Litec, Carré Droit, 2002.

LECA Annick, « *la nature juridique des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* », in Gérard Mémeteau (dir.), Manuel des CRCI, LEH, 2004.

LENOIR N., « *Malades et médecins : des relations d'un type nouveau ?* », in Le pouvoir médical, Carlot-Panoramiques, 1994.

LEROY P., « *Le juge judiciaire et le lien de causalité médicale* », LPA, 1994, n° 90, p. 19.

LIÉBER S.-J. et BOTTEGHI D., « *La réparation des préjudices, un chantier encore ouvert* », AJDA, 2009.

LORENS-FRAYSSSE Françoise, « *L'utilisation de la présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité* », LPA, 1985, p. 4.

MATHIEU Bernard, « *La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel* », Les cahiers du Conseil constitutionnel, 1999, n° 6, p. 59 et s.

MAZIÈRE Pierre, « *L'application de la nomenclature Dintilhac : une épineuse conséquence du recours subrogatoire poste par poste ?* », Médecine et Droit, 2008.

MIHIO Hassan, « *La responsabilité du médecin pour ses fautes professionnelles* », Revue al-Adel, 1996, p. 41.

MISTRETTA Patrick, « *Que reste-t-il de l'indemnisation des parents d'un enfant né handicapé ou comment le droit devient-il chaotique ?* », JCP éd. G. 2003, II, 10107.

MISTRETTA Patrick, « *La responsabilité médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000 : évolution ou révolution ?* », JCP, éd. G., 2002, n° 28, I, 149.

MISTRETTA Patrick, « *la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation* », JCP, éd. G., 2002, I, 141.

MOQUET-ANGER Marie-Laure, « *Responsabilité médicale à l'hôpital* », Médecine et Droit, 1999, n° 35, p. 19.

MOREAU Jacques, « *La responsabilité hospitalière, matrice du droit contemporain de la responsabilité administrative* », in X. VANDENDRIESSCHE (dir.), Études en l'honneur de Pierre SANDEVOIR : service public, services publics, l'Harmattan, 2000.

MOREAU Pierre, « *les CRCI : ni placebo, ni panacée* », JCPA, 2006, 1059.

PALEY-VINCENT Catherine, « *Que peut faire le médecin face à des attaques abusives ?* », Revue Responsabilité, n° 24, déc. 2006.

PÉDROT Philippe, « *Libre propos sur la démocratie sanitaire* », LPA 2002, 19 juin, n° 122, p. 5 et s.

PENNEAU Jean, « *Recommandations professionnelles et responsabilité médicale* », Médecine et droit, 1998, n° 28, p. 5.

PENNEAU Jean, « *Présentation générale critique des dispositions relatives à la réparation des conséquences des risques sanitaires* », in G. Fauré (dir.), *la loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, PUF, 2003.

POIROT-MAZÈRES Isabelle, « *La notion de préjudice en droit administratif français* », RDP 1997, p. 519.

POUMARÈDE Matthieu, « *Processus d'indemnisation des victimes de catastrophe industrielle : divergence quant aux pouvoirs du juge* », JCP, éd. G., 2007, II, 10112.

PROTHAIS Alain, « *L'accompagnement de la fin de vie et le droit médical* », JCP édition générale, 2004, I, 130.

PUIGSERVER F., « *L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière : une tentative d'unification* », RFDA 2008, p. 1036.

QUÉZEL-AMBRUNAZ Christophe, « *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs* », Gaz. Pal. 3 mars 2009.

RADÉ Christophe, « *La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* », RCA mai 2002.

RIVERO Jean, « *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle* », AJDA 1968, p. 15.

ROMAN Diane, « *Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ?* », RDSS 2005, n° 3, p. 423.

SAISON Jean, « *Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, Compétences et procédures* », in Gérard Memeteau (Dir.), *Manuel de droit des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation*, LEH, 2004.

SARGOS Pierre, « *Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin, Bilan d la jurisprudence récente de la Cour de cassation* », Médecine & Droit, 1997.

STARCK Boris, « *La pluralité des causes de dommages et la responsabilité civile* », JCP 1970, éd. G, I, 2339.

TABUTEAU Didier, « *Bilan de la loi Kouchner du 4 mars 2002* », Revue générale de droit médical, 2009, n° 33.

TACCHINI-LAFOREST Valérie, « *Réflexions à propos de la perte de chances* », LPA 1999, n° 142, p. 7.

TAPIE Jean, « *Les recommandations de bonne pratique et les références médicales, des outils à généraliser* », Revue droit social, n° 9, 1997, p. 828.

THOUVENIN Didier, « *Les liens entre un avis de la CRCI et la proposition d'indemnisation* », D., 2006.

TOUBLANC Alix, « *De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale* », AJDA 2004, p. 1173 et s.

TRUCHET Didier, « *La responsabilité médicale : de la faute au risque* », session de formation continue E.N.M. 29 mai-2 juin 1995, éd. Bergeret 1996.

VALLERON Alain-Jacques et GARNERIN Philippe, « *L'aléa thérapeutique vu par le biostatisticien* » in « *L'aléa thérapeutique* », Journée d'éthique médicale Maurice RAPIN, Flammarion, Médecine-Sciences, 1998.

VAUDAINÉ Jean-Pierre, « *Le droit du président de CLIN ; des mots pour le dire, des maux pour le vivre* », Droit déontologie et soin, mars 2003.

VERON Michel, « *La responsabilité pénale du médecin* », LPA, 22 septembre 1999, n° 189, p. 23.

Répertoires

MOREAU Jacques et MUSCAT Héléne, « *Responsabilité des agents et responsabilité de l'administration* », Juris-Classeur administratif, Fasc. 806, 2008.

TRUCHET Didier, *Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers)*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 2005.

Rapports

Rapport du Conseil d'État, *L'intérêt général*, 1999.

Rapport Pierre SARGOS, Cass. civ., 1^{ère}, 14 octobre 1997, JCP 1997, II, 22942.

Rapport public du Conseil d'État, *Réflexions sur le droit de la santé*, EDCE, n° 49, 1998.

Rapports semestriels successifs de l'ONIAM disponibles sur le site web de l'ONIAM, www.oniam.fr.

Claude HURIET et autres, *proposition de loi n° 277 relative à l'indemnisation de l'aléa médical et à la responsabilité médicale*, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales le 19 avril 2001.

CNAMed, Rapport au parlement et au gouvernement, Ministère de la santé, 2005-2006.

Rapport du Conseil d'État pour l'année 2004, *La socialisation du risque*, La documentation française, 2005.

Jean-Pierre DINTILHAC, Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juillet 2005.

Yvonne LAMBERT-FAIVRE (dir.), Rapport du Conseil national de l'aide aux victimes de l'indemnisation du dommage corporel, juin 2003, la documentation française, 2003.

Rapport 2007 de la Cour de cassation, la documentation française, 2008.

Commentaires

MOREAU Jacques, commentaire sur CE, 26 octobre 2001, *Mme Catherine Senanayake*, JCP 2002, éd. G., n°6, II, 10025.

RASSAT Michèle-Laure, commentaire sur Cass. ass. plén., 29 juin 2001, *Mme X*, JCPG 2001, n° 29, II, 10569.

RASSAT Michèle-Laure, commentaire sur Cass. crim., 25 juin 2002, JCP, éd. G., 2002, n° 41, II, 10155.

SARGOS Pierre, commentaire sur Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008, JCP, éd. G., II, 10030.

Observations

ARHAB-GIRARDIN Farida, observation sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, D., 2010, p. 440 ; RDSS, 2010, p. 375.

AZIBERT Gilbert, observation sous TGI Lille, 5 avril 1990, D. 1993, somm. p. 14.

DE FORGES Jean-Michel, observation sous CE, 18 janvier 1984, *CHR de Grenoble*, RDSS, 1984, p. 374.

HONORAT E. et BAPTISTE E., observation sous CE, 27 septembre 1989, *Mme Karl*, AJDA, 1989, p. 776.

LAMBERT-GARREL Lucile, observation sous CE, 19 février 2003, *Revue droit et santé*, n° 1, 2004, p. 26.

PENNEAU Jean, observation sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2000, D. 2001, somm. Com., 3082.

PORCHY-SIMON S., observation sous Cass. civ. 1^{ère}, 03 juin 2010, JCP 2010, éd. G., 788.

PRÉTOT Xavier, observation sous TC, 21 décembre 1987, *Kessler / Thezenas*, AJDA 1988, p. 364.

PRÉTOT Xavier, observation sous CE, 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, AJDA 1991, p. 479.

ROYER Erwan, observation sous CE, 18 février 2010, *M. Ludwig*, AJDA 2010, p. 362.

SAISON Jean, observation sous CE, avis, 19 mars 2003, *Haddad et CPAM de Tourcing*, RGDM 2003, p. 325.

SAVATIER René, observation sous Cass. civ., 28 juin 1960, J.C.P. 1960, II, 11787.

VIENNE, observation sous Cour d'Aix, 23 février 1949, J.C.P., 1949, 5025.

VIENNE, observation sous Cour d'Aix, 14 février 1950, J.C.P., 1950, 5423.

Notes de jurisprudence

BAS J.-A., note sous CAA Lyon, 2 octobre 1997, *Centre hospitalier Joseph Imbert d'Arles / Carlotti*, LPA 1998, n° 55, p. 9.

BERTRAND Mathieu, note sous l'arrêt *Quarez* du Conseil d'État, RFDA, mars-avril 1997, p. 382.

BONNEAU Jean, note sous CA Paris, 11 mai 1995, Gaz. Pal. 1996, 2, 401.

BORRICAND, note sous CA Aix-en-Provence, 22 novembre 1995, Dalloz, 1996, 405.

CHABAS François, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1991, Gaz. Pal., 1992, II, 503.

CHABAS François, note sous Cass. civ. ass. Plén. 17 novembre 2000, *Perruche*, JCP éd. G., 2000, II, 10438.

DEBOIS H., note sous Cass. civ., 29 mai 1951, JCP, éd. G., 1951, I, 6421.

DEFFIGIER C., note sous Cass. crim. 14 juin 2005, *Gilles H. et Erick L.*, Bull. crim. 2005, n° 178 ; AJDA 2006, p. 1058.

DEGUERGUE Maryse, note sous CE, 26 octobre 2001, *Senanayake*, AJDA 2002, p. 259.

DEGUERGUE Maryse, note sous CE, 19 février 2003, *M et Mme Maurice/AP-HP*, AJDA 2003, p. 854.

DONIER V., note sous CE, 15 juillet 2004, *M. André Dumas*, Rec. CE, 2004, Tables, p. 805 ; AJDA 2005, n° 5, p. 274.

DUBOUIS Louis, note sous CA de Paris, 1^{ère} ch., 15 juillet 1992, *Ass. ASSECO-CFDT du*

LUCHAIRE François, note sous CC, décision n° 94-344 DC du 27 juillet 1994, RDP, 1994, p. 1647.

DUBOUIS Louis, note sous CE, 29 juillet 1994, *M. Garnier*, RDSS 1995, p. 57.

GIRAULT, note sous CEDH, 29 avril 2002, *Pretty / Royaume-Uni*, JCP, éd. G., 2002, II, 10062.

HAURIOU Maurice, note sous CE, 17 février 1905, *Tomaso Grecco et Auxerre*, Sirey 1905.

JOURDIN Pierre, note sous Cass. civ., avis, 29 octobre 2007, JCP, éd. G. 2007, II, 10194.

LAMBERT-GARREL Lucile, note sous TA Lille, Ordonnance, 25 août 2002, *Époux G.*, JCP 2003, éd. G., II, 10098.

Lot-et-Garonne, RDSS, 1992, p. 608.

MARKUS Jean-Philippe, note sous CE, 12 janvier 2005, *Kerkerian*, Rec. CE, 2005, p. 20 ; AJDA, 2005, n° 18, p. 1008.

MARKUS Jean-Philippe, note sous CE, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sect. réunies, 26 septembre 2005, *Le Conseil national de l'ordre des médecins*, AJDA 2006, p. 308.

MASSIP, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1983, Bull. 1983, 81-16218.

MEMETEAU Gérard, note sous CA Toulouse, 26 juin 2000, *Polyclinique du Parc*, RDSS, 2001, n° 37, p. 88.

MEMETEAU Gérard, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 septembre 2003, PA, n° 81, avril 2004.

MENURET Jean-Jacques, note sous Cass. civ. ass. Plén., 23 février 2001, *Consorts Bolle-Laroche / Agent judiciaire du trésor*, JCP, éd. G., 2001, II, 10583.

MISTRETTA Patrick, note sous CE, ordonnance référé, 16 août 2002, *Mmes Feuillatey*, JCPG 2002, II, 10184.

MISTRETTA Patrick, note sous Cass. crim., 2 décembre 2003, JCP, éd. G., 2004, n° 13, II, 10044.

MOQUET-ANGER Marie-Laure, note sous CAA Paris, 26 février 1998, *Médecine et Droit*, 1999, n° 35, p. 17.

MOREAU Jacques, note sous CE, ass. 10 avril 1992, *Mme V.*, JCP, éd. G., 1992, II, 21881.

MOREAU Jacques, note sous CE, sect., 14 février 1997, *CHR de Nice*, JCP 1997, éd. G., n° 17, II, 22828.

MOREAU Jacques, note sous CE, 26 octobre 2001, *Senanayake*, JCPG 2002, II, 10025.

NOIVILLE Christine, note sous Cass. civ., 1^{ère} chambre, 07 octobre 1998, n° 97-10267 et n° 97-12185, LPA, 1999, n° 89, p. 4.

PAILLARD Christine, note sous CE, avis, 04 juin 2007, JCPA, 2008, 2055.

PENNEAU Jean, note sous Cass. civ., 1^{ère}, 20 mars 1984, Bull., 1, n° 107, p. 89.

PENNEAU Jean, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1985, D., 1986, n° 390.

PETIT S., note sous CA Paris, 4 décembre 2000, Gaz. Pal. Du 14-15 février 2001, p. 48.

POUYAUD Dominique, note sous TC, 14 février 2000, *Ratinet*, RFDA 2000, p. 1232.

PRADEL Jean, note sous Cass. crim., 2 décembre 2003, Juris-Data n° 2003-021533, Bulletin D. 2004, p. 449.

PRADEL Jean, note sous CEDH, 8 juillet 2004, D. 2004, p. 2456.

PRÉTOT Xavier, note sous CE, 23 décembre 1987, *Époux Bachelier*, AJDA, 1968, p. 364.

SAVATIER René, note sous Cass. civ. 30 octobre 1963, D. 1964, p. 81.

SOUSSE Marcel, note sous CE, 24 octobre 2009, *CHR Orléans*, JCPA 2009, 2026.

THOUVENIN Didier, note sous CAA, Versailles, ord. 12 janvier 2006, *consorts P.*, D. 2006, p. 2140.

THOUVENIN Didier, note sous TGI Bobigny, 16 février 2006, *M. Djahi*, D. 2006, p. 2140.

VIALLA François, note sous CE, 12 janvier 2005, *Revue droit et santé*, 7 septembre 2005, p. 399.

WALINE Marcel, note sous CE, 15 juillet 1964, *Hôpital-hospice Aunay-sur-Odon*, Rec. CE, 1964, p. 410 ; RDP 1964, p. 1010.

WALINE Marcel, note sous CE, 19 mars 1969, *Assistance Publique de Paris*, RDP, 1970, p. 151.

Conclusions

- BAQUET, conclusions sur CE, 23 février 1979, *Tolub*, AJDA, 1979, n° 11, p. 31.
- BONICHOT, conclusions sur CE, Sect. 12 décembre 1986, *Rebora*, AJDA 1987, p. 354.
- CHAUVAUX Didier, conclusions Sur CE, sect., 5 janvier 2000, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Telle*, RFDA 2000, p. 644.
- CHAUVAUX Didier, conclusions sur CE, 10 octobre 2003, *Mme Tato*, Rec. CE, 2003, p. 393 ; AJDA 2004, p. 228.
- CORNEILLE, conclusions sur CE, 20 juin 1913, *Tery*, Sirey, 1920.
- DAEL Serge, conclusions sur CE, ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. CE, 1993, p. 573.
- DEREPAS Luc, conclusions sur CE, avis, 04 juin 2007, RDSS 2007, p. 680.
- DEREPAS Luc, conclusions sur CE, 13 juillet 2007, *Mme Abric*, AJDA 2007, p. 2145.
- DUPIN André, conclusions sur Cass., 18 juin 1835, *Thouret-Noroy c/ Guigne*, Dalloz, T 39, n° 129.
- HEERS Mireille, conclusions sur CAA Paris, 9 juin 1998, *Mme Donyoh et Mme Senanayake*, RFDA 1998, p. 1231.
- LABETOULLE, conclusions sur CE, 6 mars 1981, *M. Pech*, RDSS 1981, p. 413.
- LEGAL Hubert, conclusions sur CE, ass., 10 avril 1992, *Mme Vergos*, AJDA, 1992, p. 355.
- LEGAL Hubert, conclusions sur CE, 9 avril 1993, *M. D.*, Rec. CE, 1993, p. 312.
- MERIC, conclusions sur CE, 13 juillet 1962, *Ministre de la Santé publique / Sieur Lastrajoli*.
- ODENT, conclusions sur CE, ass., 07 février 1947, *d'Aillères*, RDP, 1947, p. 68.
- PRADA-BORDENAVE, conclusions sur CE, ass. 3 mars 2004 (4 espèces), *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Mme Bourdignon ; Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Cts Botella ; Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Cts Thomas ; Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Cts Xueref*, RFDA, 2004, p. 616.
- SCHWARTZ Rémy, conclusions sur CE, 28 décembre 2001, *Dr. Valette*, Rec. CE, 2001, p. 680 ; AJDA 2002, p. 359.
- STAHL, conclusions sur CE, Sect. 20 juin 1997, *M. Theux*, RFDA 1998, p. 82.
- THIELLAY Jean-Philippe, conclusions sur CE, Avis, 10 octobre 2007, *M. Sachot*, AJDA, 2007, p. 2328.

THIELLAY Jean-Philippe, conclusions sur CE, 24 octobre 2008, *CHR d'Orléans*, AJDA, 2008, p. 2352.

THIELLAY Jean-Philippe, conclusions sur CE, 05 mars 2008, *CPAM Seine-Saint Denis*, AJDA 2008, p. 941.

TRUILHE Jean-Christophe, conclusions sur TA Toulouse, 30 décembre 2008, *Lacaze*, AJDA 2009, p. 721.

Jurisprudence française :

Conseil constitutionnel

CC, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC.

CC, 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC.

CC, 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, *Mme Viviane L.*

CC, déc. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC.

Tribunal des conflits

TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*.

TC, 5 mai 1877, *Laummonnier-Carriol*.

TC, 15 mars 1902, *Mascaras*.

TC, 14 décembre 1925, *Navarro*.

TC, 14 janvier 1935, *Thépaz*.

TC, 5 juin 1947, *Brun*.

TC, 30 juin 1949, *Lambotin*.

TC, 26 mai 1954, *Moritz*.

TC 25 mars 1957, *Hospices civils du Puy / de la Pérelle*.

T.C. 25 mars 1957, *Sieur Chilloux et Sieur Isaad Slimane*.

TC, 27 mai 1980, *Bekkat / Nguyen Vantra et autres*.

TC, 15 décembre 1980, *Préfet Haute-Corse*.

TC, 19 octobre 1998, *Préfet Tarn / CA Toulouse*.
TC, 14 février 2000, *Ratinet*
TC, 21 mai 2007, *Société Codiam / AP-HP*.
TC, 31 mars 2008, *Mme Guillot / D. Charvin et CHU de Voiron*.

Conseil d'État

CE, 23 juin 1882, *Larbaud*.
CE, 21 juin 1895, *Cames*.
CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*.
CE, 17 février 1905, *Auxerre*.
CE, 3 février 1911, *Anguet*.
CE, 20 juin 1913, *Tery*.
CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*.
CE, 25 juillet 1919, *Guinot*.
CE, 7 juillet 1922, *Le Glohaec*.
CE, 10 novembre 1927, *Bischoff*.
CE, 5 novembre 1931, *Sieur Véra*.
CE, 6 juillet 1934, *Époux Paillat*.
CE, 29 avril 1935, *Donnadieu*.
CE, Sect., 8 novembre 1935, *Dame Vion et Dame Philipponeau*.
CE, 18 mai 1938, *Commission administrative des Hospices civils de Marseille*.
CE, 28 octobre 1938, *Alaize*.
CE, 21 juillet 1939, *Sieur Lemaire*.
CE, 13 juin 1941, *Docteur Gerbier*.
CE, 12 décembre 1941, *Hôpital civil d'Antibes / Dame veuve Tortel*.
CE, 12 février 1943, *Cie d'assurances « La Norwich Union »*.
CE, ass., 19 février 1943, *Bugnet*.
CE, ass. 26 octobre 1945, *syndicat national des maisons de santé*.
CE, Sect. 15 mars 1946, *Sieur Odilon Platon*.
CE, ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plainte*.
CE, ass., 07 février 1947, *d'Aillères*.

CE, sect., 21 mars 1947, *Drouard*.
CE, 23 janvier 1948, *Bech*.
CE, 20 mai 1949, *Daret*.
CE, 19 novembre 1949, *Delle Mimeur*.
CE, ass., 28 juillet 1951, *Bérenger*.
CE, 28 juillet 1951, *Laurelle et Delville*.
CE, sect., 29 février, 1952, *Société la « Séquanaise », Incendie, accidents et risques divers*.
CE, 7 mai 1952, *Dame Veuve Chassagnac*.
CE, 28 mars 1953, *Even*.
CE, sect. 12 juin 1953, *Caisse nationale marchés de l'État*.
CE, sect. 18 décembre 1953, *Fresnais*.
CE, 25 juin 1954, *Dame Forcina*.
CE, 21 janvier 1955, *Billiet*.
CE, 07 octobre 1955, *Hôpital-Hospice de Bayeux / Veuve Hervé*.
CE, 20 mars 1957, *Hospices de Perpignan*.
CE, sect. 22 mars 1957, *Jeannier*.
CE, 13 décembre 1957, *Hôpital Hospice de Vernon*.
CE, 13 décembre 1957, *Trottier*.
CE, ass., 07 mars 1958, *Secrétaire d'État à la santé publique / DEJOURS*.
CE, 08 janvier 1959, *Chirpatris et CH de Mans*.
CE, 11 février 1959, *AP Marseille / Dame Filippi*.
CE, 05 mars 1959, *Dame Moulis*.
CE, sect. 19 juin 1959, *Moritz*.
CE, Sect., 26 juin 1959, *Rouzet*.
CE, 9 novembre 1959, *Sieur Sarotte*.
CE, 10 novembre 1961, *Époux Edme*.
CE, 5 janvier 1962, *Legendre*.
CE, 02 février 1962, *Vincensini*.
CE, 23 février 1962, *Sieur Meier*.
CE, 13 juillet 1962, *Ministre de la Santé publique et de la population / Sieur Lastrajoli*.
CE, Sect., 14 juin 1963, *Dame Veuve Delecluse*.
CE, sect. 14 juin 1963, *Époux Hébert*.

CE, 17 janvier 1964, *Moreau*.
CE, 31 janvier 1964, *Demoiselle Bruchet*.
CE, 24 avril 1964, *Hôpital-hospice de Voiron*.
CE, 4 juin 1965, *Hôpital de Pont-à-Mousson*.
CE, 05 janvier 1966, *Hawezack*.
CE, 6 mai 1966, *min. Armée / Chedru*.
CE, 18 novembre 1966, *Consorts Gojat*.
CE, 2 mars 1967, *CHU de Montpellier*.
CE, 7 avril 1967, *CHR Orléans*.
CE, 11 juin 1967, *Époux Hulot*.
CE, 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*.
CE, 22 novembre 1967, *Ciabrini*.
CE, 04 octobre 1968, *Delle Doukakis*.
CE, 06 novembre 1968, *Dame S.*
CE, 19 mars 1969, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris /
Demoiselle Bey*.
CE, sect., 21 mars 1969, *CHR de Montpellier*.
CE, 1^{er} avril 1969, *Sieur Berneau*.
CE, 9 juillet 1969, *Consorts Gojat*.
CE, 09 juillet 1969, *Époux Pech*.
CE, 9 juillet 1969, *Époux Mathieu*.
CE, 1^{er} octobre 1969, *Bonthoux*.
CE, Sect., 19 décembre 1969, *Entreprise Delannoy*.
CE, 09 janvier 1970, *Sieur Carteron*.
CE, sect., 10 avril 1970, *Société méditerranéenne d'assurances le Sou médical*.
CE, 10 avril 1970, *Sieur X. / CH de Georges Renon à Niort*.
CE, 12 juin 1970, *Dame Nercam*.
CE, sect., 02 octobre 1970, *Époux Pol*.
CE, 02 décembre 1970, *Mme Bechu*.
CE, 11 décembre 1970, *CH de Brest*.
CE, 31 mars 1971, *Bailleul*.
CE, 28 mai 1971, *CH de Reims*.
CE 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*.
CE, 10 novembre 1971, *Époux Nicolitch*.

CE, 23 février 1972, *Ministère de la Santé publique et de la sécurité sociale c/ Époux Boghossian*.

CE, 8 décembre 1972, *Boisgard*.

CE, 1^{er} mars 1974, *CH d'Avignon*.

CE, 13 mars 1974, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris*.

CE, sect. 3 janvier 1975, *Ministre de l'Aménagement c/ Époux Paya*.

CE, 5 février 1975, *Sté hospitalière d'assurances mutuelles / Héritiers Assémat*.

CE, ass. 14 février 1975, *Société des eaux de Marseille*.

CE, 12 mars 1975, *Hospices civils d'Haguenau*.

CE, 9 juillet 1975, *Grand clément*.

CE, 12 décembre 1975, *Ministre de la coopération / Lerat*.

CE, 7 janvier 1976, *Lederer*.

CE, 7 janvier 1976, *CHR d'Orléans*.

CE, 6 octobre 1976, *CH de Châlons-sur-Marne*.

CE, 06 octobre 1976, *Société clinique chirurgicale de la Maison Rose*.

CE, 10 novembre 1976, *CPAM de Montbéliard et Rivalland*.

CE, 2 décembre 1977, *Dame Rossier Jeanne*.

CE, 7 décembre 1977, *Directeur général de l'Assistance publique à Paris / Renard*.

CE, 22 février 1978, *Hôpital de Voiron*.

CE, 30 juin 1978, *Hôpital psychiatrique départemental de Rennes / Dame Clotault*.

CE, Sect., 13 octobre 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône*.

CE, 1^{er} décembre 1978, *Artéon*.

CE, 6 décembre 1978, *Giral*.

CE, 21 février 1979, *Dupuis*.

CE, 30 mars 1979, *Cardona*.

CE, 30 mars 1979, *Moisan*.

CE, 16 novembre 1979, *Hanryon*.

CE, 09 janvier 1980, *Mme Martins*.

CE, Sect. 21 mars 1980, *Vanderiele*.

CE, 16 avril 1980, *Ghelaf*.

CE, 16 avril 1980, *Mme Clarrin*.

CE, 11 juillet 1980, *Ministre des transports / Dame Veiller*.

CE, 21 novembre 1980, *Directeur général de la caisse des dépôts et consignations / Dame Verhoeven.*

CE, 23 janvier 1981, *AP à Paris.*

CE, 23 janvier 1981, *Hôpital communal de Meulan.*

CE, 27 mars 1981, *Mme Fréret.*

CE, 5 juin 1981, *Dame Damy.*

CE, 13 novembre 1981, *CH d'Évreux / Époux Louis.*

CE, 14 décembre 1981, *CH de Pontoise / Mlle Martin.*

CE, 14 décembre 1981, *Guinard.*

CE, 23 décembre 1981, *C.H. Sainte Anne.*

CE, 29 janvier 1982, *Mlle Ciacci.*

CE, 05 mai 1982, *Époux Hombourger.*

CE, ass. 2 juillet 1982, *Melle Riou.*

CE, 4 août 1982, *Hôpital civil de Thann.*

CE, 13 octobre 1982, *CH de Bastia.*

CE, 3 novembre 1982, *CHR de Grenoble.*

CE, 3 novembre 1982, *Hôpital Hospice de Ste-Foy-lès-Lyon.*

CE, 28 janvier 1983, *Mlle Amblard.*

CE, 28 janvier 1983, *Chaouat.*

CE, 15 avril 1983, *Epoux Rousseau.*

CE, Sect., 13 mai 1983, *Mme Lefebvre.*

CE, 19 mai 1983, *Moudjahed.*

CE, 18 janvier 1984, *Vigouraux.*

CE, 14 décembre 1984, *Mlle Quignon.*

CE, 14 décembre 1984, *Gauchon.*

CE, 27 février 1985, *CHR de Tarbes / Époux Metge.*

CE, 6 mai 1985, *CHR de Rennes / Époux Sirot.*

CE, 26 juillet 1985, *CHR de Rennes.*

CE, 04 décembre 1985, *Wurmser.*

CE, 17 janvier 1986, *Clamens.*

CE, 9 avril 1986, *Ciesla.*

CE, 12 mai 1986, *Fritel.*

CE, 25 juillet 1986, *Mme Nogueira.*

CE, 25 juillet 1986, *Centre hospitalier de Sélestat.*

CE, 08 octobre 1986, *Langlet / CHG de Château Thierry.*

CE, 22 octobre 1986, *Mlle Joseph.*

CE, 12 décembre 1986, *M. Marcello Rebora / Commune de Bourg-Saint-Maurice.*

CE, 18 février 1987, *Dame Juyoux.*

CE, 13 mai 1987, *Dame Piolet et Anson.*

CE, 16 octobre 1987, *Mlle Annick Richard.*

CE, 04 novembre 1987, *Assemblée Nationale / Mme Cazes.*

CE, 02 décembre 1987, *Commissaire de la République délégué pour la police de Paris / Mme Achard.*

CE, 11 janvier 1988, *Époux Pichery.*

CE, 17 février 1988, *CHR de Nancy.*

CE, 9 mars 1988, *Mme Pecke.*

CE, 11 mars 1988, *Mme P.*

CE, 6 mai 1988, *Administration générale de l'Assistance publique de Paris / Léone.*

CE, 06 mai 1988, *CH de Beauvais / Époux Cozette.*

CE, 1^{er} juin 1988, *CHR de Cognac.*

CE, 20 juillet 1988, *CHR de Montpellier / Mme BOUREMEL.*

CE, 23 septembre 1988, *Mme Olliveau c/ CHR de Nantes.*

CE, 14 octobre 1988, *Martin.*

CE, 09 décembre 1988, *Bazin.*

CE, 09 décembre 1988, *M. Henri Cohen.*

CE, 6 janvier 1989, *Sté « Automobiles Citroën » et autres.*

CE, 20 janvier 1989, *Biales.*

CE, 20 janvier 1989, *CH de Compiègne Hôpital Saint Joseph / Travares.*

CE, 1^{er} mars 1989, *Epoux Peyras.*

CE, 1^{er} mars 1989, *Gélineau.*

CE, 5^{ème} et 10^{ème} sous-sect. réunies, 1^{er} mars 1989, *Époux Peyres.*

CE, 1^{er} mars 1989, *Bailly / CH du Blanc.*

CE, 19 avril 1989, *Centre hospitalier du Lamentin / Consorts Mémorier.*

CE, 26 mai 1989, *CHU d'Amiens c/ Mme Trancart et autres.*

CE, 27 septembre 1989, *Mme Karl / CPAM de la Marne.*

CE, 3 novembre 1989, *CH de Melun.*

CE, 24 novembre 1989, *J.-F. Khan.*

CE, 8 décembre 1989, *Mme Caro.*

CE, 8 décembre 1989, *Hairon Lescure*.

CE, 4 avril 1990, *CHR de Toulouse*.

CE, 15 juin 1990, *Mme Maniccaci*.

CE, 29 juin 1990, *Consorts Danet*.

CE, 5^{ème} sous-sect. 4 juillet 1990, *La société d'assurance « Le Sou Médical » / CHG de Gap*.

CE, 20 juillet 1990, *M. Claments*.

CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun et Association Melun Culture Loisir*.

CE, 31 octobre 1990, *Époux Pelletier / Service central des mutuelles G.I.E.*

CE, sect., 11 janvier 1991, *Mme Biancale*.

CE, 14 juin 1991, *Maalem*.

CE, 11 juillet 1991, *Le Gall*.

CE, 11 décembre 1991, *AP-HP*.

CE, 17 février 1992, *Société Textron*.

CE, ass., 10 avril 1992, *Époux Vergos*.

CE, sect. 13 janvier 1993, *Galité*.

CE, 10 février 1993, *Ministre de la solidarité nationale c/ Wagner*.

CE, ass., 9 avril 1993, *Bianchi*.

CE, ass. 9 avril 1993, *M. D.*

CE, sect. 28 juillet 1993, *Ministre de la Défense c/ Stefani*.

CE, sect. 28 juillet 1993, *Dubouloz*.

CE, 15 octobre 1993, *Cts Jezequel et Vallée*.

CE, 26 novembre 1993, *SCI « Les jardins de Bibemus »*.

CE, sect. 25 février 1994, *Ministre délégué à la santé*.

CE, 7^{ème} et 10^{ème} sous-sect. réunies, 8 juin 1994, *Société Codiam*.

CE, 29 juillet 1994, *Courty*.

CE, 18 novembre 1994, *Époux Sauvi*.

CE, 9^{ème} et 8^{ème} sous-sect. réunies, 16 janvier 1995, *M. Delignières*.

CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sect. réunies, 24 février 1995, *CHRU de Nancy*.

CE, ass., 25 mai 1995, *Cts N'Guyen et Jouan*.

CE, ass., 26 mai 1995, *Consorts Pavan*.

CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

CE, ass., 16 décembre 1995, *Dame Bourokba*.

CE, 2 février 1996, *Liuzzi*.

CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-sect., 15 mars 1996, *Mlle Durand*.

CE, sect. 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice/ Époux Quarez*.

CE, 19 mars 1997, *M. Meynial et Mme Girard*.

CE, 16 juin 1997, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*.

CE, sect., 20 juin 1997, *M Theux / CHR de Toulouse*.

CE, 5^{ème} et 3^{ème} sous-section réunies, 27 juin 1997, *Mme Guyot*.

CE, 09 juillet 1997, *Hollay*.

CE, 30 juillet 1997, *Époux Kress*.

CE, 13 octobre 1997, *Consorts Sébastien et Désiré Klein*.

CE, sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*.

CE, 29 décembre 1997, *Kagan*.

CE, ass., 6 février 1998, *M. Etienne Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*.

CE. Sect., 13 mars 1998, *M. Améon et autres*.

CE, 29 janvier 1999, *Mme Anstrud T*.

CE, 23 mars 1999, *M. Keller*.

CE, 31 mars 1999, *Hospices civils de Lyon*.

CE, 30 juin 1999, *Centre hospitalier d'Aix les Bains*.

CE, 17 décembre 1999, *Michel Moine*.

CE, sect., 5 janvier 2000, *Consorts Telle*.

CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect., 17 mai 2000, *M. Canas*.

CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect. réunies, 16 juin 2000, *Hospices civils de Lyon*.

CE, 27 octobre 2000, *CH de Seclin*.

CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 15 janvier 2001, *Mme Courrech et autres / Assistance publique-Hôpitaux de Paris*.

CE, ass. 12 avril 2002, *Papon*.

CE, 5 juin 2002, *Mme Rodrigues*.

CE, 27 septembre 2002, *Mme Neveu / Centre hospitalier intercommunal de Créteil*.

CE, 5^{ème} et 7^{ème} sous-sect., 27 septembre 2002, *Mme Martine N*.

CE, 14 octobre 2002, *Mme Favre et autres*.

CE, 22 novembre 2002, *CPAM de Paris*.

CE, 22 novembre 2002, *CPAM de Paris et CRAMIF / Michaali*.

CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*.

CE, 19 février 2003, *M. et Mme Maurice / Assistance publique-Hôpitaux de Paris*.

CE, avis, 19 mars 2003, *Haddad et CPAM de Tourcing*.

CE, 19 mars 2003, *Centre hospitalier régional et universitaire de Caen*.

CE, 30 avril 2003, *CPAM du Havre*.

CE, 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris / Mme Marzouk*.

CE, 3 novembre 2003, *Gilbert*.

CE, 3 mars 2004, *Association « liberté, information, santé »*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 10 mars 2004, *Mme Jouvey*.

CE, ass., 19 mai 2004, *CRAMIF et CPAM du Val-de-Marne c/ M. Truskowski*.

CE, 15 juillet 2004, *Duval Costa*.

CE, 10 octobre 2004, *Mme T. et autres*.

CE, 17 décembre 2004, *Teboul*.

CE, 9 février 2005, *Centre hospitalier Émile-Roux du Puy-en-Velay*.

CE, 27 juin 2005, *Rougier*.

CE, sous sect. 5^{ème} et 4^{ème} réunies, 27 juin 2005, *M. et Mme Boubeker Guechchati*.

CE sect., 1^{er} juillet 2005, *M. Strada*.

CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'Ordre des médecins*.

CE, 2 novembre 2005, *Caduc*.

CE, 2 novembre 2005, *Dorchies*.

CE, 5 décembre 2005, *EFS*.

CE, 24 février 2006, *M. et Mme Levenez*.

CE, 1^{er} mars 2006, *CH de Saulieu*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sect. réunies, 07 juillet 2006, *Pauline*.

CE, 12 juillet 2006, *Hospices civils de Lyon*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 25 octobre 2006, *Mme Thouvenel*.

CE, sect., 27 octobre 2006, *Département Morbihan*.

CE, 20 décembre 2006, *Derhy*.

CE, 20 décembre 2006, *Association de médecine d'urgence de l'estuaire de la Loire*.

CE, 2 mars 2007, *Banque française commerciale d'Océan indien*.

CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz et autres*.

CE, sect., 4 juin 2007, *Lagier*.

CE, 13 juillet 2007, *ONIAM / MM. Alexandre et Arnaud A. et CHU de Nice*.

CE, 25 juillet 2007, *Établissement français du sang*.

CE, 25 juillet 2007, *Mme Russo et autres*.

CE, 25 juillet 2007, *CHG d'Avignon*.

CE, Avis, 10 octobre 2007, *M. Sachot*.

CE, 30 novembre 2007, *CH de Clermont-Ferrand*.

CE, 21 décembre 2007, *Centre hospitalier de Vienne*.

CE, 16 janvier 2008, *M. et Mme Daniel A. / CH de Nirot*.

CE, 15 février 2008,

CE, 5 mars 2008, *CPAM des Côtes d'Armor et CH de Dinan*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 21 mars 2008, *CHU de Bordeaux*.

CE, 21 mars 2008, *Ministre de la santé et de solidarités / Mme Bensaïd*.

CE, 11 avril 2008, *M. et Mme Jean-Jacques A.*

CE, 16 avril 2008, *Assistance Publique-Hôpitaux de Marseille*.

CE, 21 mai 2008, *M. A. / CH du Havre*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 21 mai 2008, *Mme Françoise A.*

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sect. réunies, 11 juillet 2008, *M. Gérard A. / CHR de Bourges et le centre hospitalier spécialisé Beauregard*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sect. réunies, 8 août 2008, *Assistance publique à Marseille*.

CE, 8 août 2008, *CHU de Clermont-Ferrand*.

CE, 24 octobre 2008, *Chottin*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 24 octobre 2008, *CHR d'Orléans*.

CE, 24 octobre 2008, *Mme M.*

CE, 5^{ème} sous-section, 21 novembre 2008, *M. Bailli*.

CE, 28 novembre 2008, *CPAM de la Creuse et M. Julien A.*

CE, 14 janvier 2009, *CPAM des Ardennes*.

CE, 14 janvier 2009, *ASUM 67*.

CE, 09 mars 2009, *Mme Fanny Gourdain / CH spécialisé de Saint Venant*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 30 mars 2009, *M. A.*

CE, 3 avril 2009, *Hospices civils de Lyon*.

CE, 10 avril 2009, *Hospices civils de Lyon / Mlle Marie-Laure A.*

CE, 15 mai 2009, *Centre hospitalier intercommunal d'Alençon-Mamers*.

CE, 5^{ème} sous-section, 15 mai 2009, *CH de Saint-Martin*.

CE, 27 mai 2009, *Mme Geneviève A.*

CE, 29 juin 2009, *Mlle p.*

CE, 29 juin 2009, *Mme Brigitte A. / Centre hospitalier René Dubos de Pontoise*.

CE, 24 juillet 2009, *Gauvin*.

CE, 24 juillet 2009, *Consorts A.*

CE, 24 juillet 2009, *Centre hospitalier de Sens*.

CE, sect. 2 septembre 2009, *Mme Peignien*.

CE, 07 octobre 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des îles*.

CE, 21 octobre 2009, *Mme Monique Altet-Caubissens / CHU de Montpellier*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 21 octobre 2009, *CHG du Havre*.

CE, Avis, 7 décembre 2009, *M. et Mme Bergdoll et Lacroix*.

CE, 09 décembre 2009, *Véronique A.*

CE, Avis, 22 janvier 2010, *M. Coppola*.

CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sect. réunies, 27 janvier 2010, *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon*.

CE, 18 février 2010, *Consorts Aujollet*.

CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 18 février 2010, *Consorts Ludwig*.

CE, 19 mars 2010, *Consorts Ancey / AP-HP*.

CE, 02 juillet 2010, *M. Madranges*.

CE, 4 octobre 2010, *CHU de Besançon*.

CE, 2 février 2011, *M. Arnaud A. / CHR d'Orléans*.

CE, 2 février 2011, *Leverne*.

CE, 30 mars 2011, *ONIAM / Hautreux*.

CE, 13 mai 2011, *Mme Lazare*.

CE, 15 juin 2011, *Naman*.

CE, 13 juillet 2011, *ONIAM*.

CE, 28 juillet 2011, *Centre hospitalier de Saint-Gaudens*.

CE, 10 octobre 2011, *CHU d'Angers*.

CE, 19 octobre 2011, *Vidal*.

CE, 19 octobre 2011, *Barbier*.

CE, 23 décembre 2011, *Mme Gourlaouen-Scala*.

CE, 22 février 2012, *Mme de Saint-Sever*.

Cour administrative d'appel

CAA Nantes, 29 novembre 1989, *CHRU de Caen / Époux Abraham*.

CAA Lyon, 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*.

CAA Nancy, 9 juillet 1991, *Mme Guyot*.

CAA Nantes, 12 mars 1992, *Mme Durand / CHR d'Angers*.

CAA Paris, 16 juin 1992, *Ministre des affaires sociales et de l'intégration / MM. X. Y. et Z.*

CAA Lyon, 9 juillet 1992, *Assistance publique de Marseille*.

CAA Bordeaux, 30 décembre 1992, *Ministre de l'industrie et du commerce intérieur*.

CAA Lyon, 31 décembre 1993, *Consorts Sirand*.

CAA Nancy, 11 mai 1994, *Mme S.*

CAA Paris, 23 juin 1994, *Mme X.*

CAA Nancy, 29 juin 1995, *M. Pesce / CHRU de Besançon*.

CAA Nancy, 02 mai 1996, *Époux Engler*.

CAA de Nancy, 4 mars 1997, *Debruyne*.

CAA Paris, 6 mars 1997, *Centre hospitalier intercommunal Robert Ballanger*.

CAA Paris, 11 juillet 1997, *Mme Bourguignon / CH René Dubos*.

CAA Paris, 11 juillet 1997, *M. Alain Z.*

CAA Nancy, 29 janvier 1998, *Centre de soins et d'hygiène mentale Ulysse Trélat*.

CAA Paris, 26 février 1998, *Consorts Savouré / CHR Léon Binet de Provins*.

CAA de Marseille 1^{ère}, 20 juillet 1999, *Santangelo*.

CAA Nancy, 26 octobre 2000, *M et Mme Tschaegle*.

CAA Lyon, 14 novembre 2000, *CH de Nice*.

CAA Lyon, 27 décembre 2000, *M. Da Silva*.

CAA Nancy, 20 décembre 2001, *Mme Antoine*.

CAA Marseille, 6 mai 2004, *Époux P. / CH de Carpentras*.

CAA Nantes, 27 mai 2004, *Centre hospitalier général de Saint Nazaire et l'Association de médecine d'urgence de l'estuaire de la Loire*.

CAA Nancy, 14 octobre 2004, *Mme Christiane X., M. stéphane X. et M. Emmanuel M.*

CAA Paris, 24 janvier 2005, *M. et Mme H.*

CAA Nancy, 27 janvier 2005, *CHU de Nancy*.

CAA Marseille, 13 avril 2006, *CHU de Nîmes*.

CAA Bordeaux, 4 mai 2006, *M. Mattiuzzo*.

CAA Paris, 18 octobre 2006, *Mme Thomas / AP-HP*.

CAA Lyon, 19 décembre 2006, *Mme Fabienne X. / CH spécialisé de Saint Cyr au Mont d'Or*.

CAA Marseille, 25 janvier 2007, *Mme Andrée X. / CH de la Fontonne d'Antibes et la société hospitalière d'assurances mutuelles.*

CAA Douai, 03 juillet 2007, *Mme Sylvianne et M. David / CH de la région de Saint-Omer.*

CAA Nancy, 02 août 2007, *Mme Sophie X.*

CAA Bordeaux, 18 décembre 2007, *CHU de Bordeaux.*

CAA Lyon, 20 décembre 2007, *Hospices civils de Lyon et CHU de Besançon.*

CAA Bordeaux, 05 février 2008, *M. Michel X.*

CAA Nancy, 14 février 2008, n° 06NC01561.

CAA Versailles, 26 février 2008, *Mme Maria X.*

CAA Marseille, 28 février 2008, *CHU de Montpellier.*

CAA Bordeaux, 11 mars 2008, *CHU de Bordeaux.*

CAA Paris, 6 octobre 2008, *Mme Lazare.*

CAA Bordeaux, 04 novembre 2008, *Université de Bordeaux II.*

CAA Bordeaux, 30 décembre 2008, *Mme Sylvie.*

CAA Marseille, 16 janvier 2009, *CHRU de Nîmes.*

CAA Bordeaux, 24 février 2009, *Mme Eliette.*

CAA Nancy, 9 avril 2009, *Mme Danièle X. / CHU de Reims.*

CAA Marseille, 25 juin 2009, *Mme Evelyne Lévy et autres.*

CAA Versailles, 15 juillet 2009, *M. et Mme X.*

CAA Nancy, 15 octobre 2009, *Mme Jeannine A.*

CAA Nancy, 3^{ème} chambre, 7 janvier 2010, *Hôpitaux universitaires de Strasbourg.*

CAA Lyon, 29 juin 2010, *CHU de Saint-Etienne.*

CAA Marseille, 4 novembre 2010, *Mme Josette A. / Centre hospitalier de Pertuis.*

Tribunal administratif

TA Paris, 20 décembre 1990, *Époux B.*

TA Paris, 20 décembre 1991, *M. D., M. G. et M. B.*

TA Besançon, 23 mai 1995, *Gaz. Pal.* 20 et 30 décembre 1995, p. 169.

TA Bastia, 12 septembre 2005, *M. Charles Sachot.*

TA Nice, 10 novembre 2006, *M. et Mme B.*

TA Amiens, 06 décembre 2007, n° 0501364.

TA Paris, 21 janvier 2010, *Association Alliance pour les droits de la vie*.

TA Paris, 2 juillet 2010, *Association Notre Village*.

TA Paris, 7 avril 2011, *Association française de lutte anti-rhumatismale*.

TA Marseille, 22 novembre 2011, *Association Sou de poche de l'hôpital Louis Pasteur*.

Juge des référés administratif

Ordonnance du juge des référés administratif, 16 août 2002, *Mme Valérie Feuillatay et Mme Isabelle Feuillatay/ CHU de Saint-Étienne*.

Cour de Cassation

Cass. req., 17 juillet 1889, Sirey, 1891, I, p. 399.

Cass. Civ. 20 mai 1936, *Mercier*.

Cass. civ., 18 octobre 1937, Gaz. Pal. 1937, p. 801.

Cass. req., 28 janvier 1942, *Teyssier*.

Cass. crim., 2 octobre 1958, JCP, éd. G. 1958, II, 10834.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1959, D. 1959, somm., p. 107.

Cass. civ. 2^{ème}, 16 décembre 1970, Bull. civ. 1970, II, n° 349.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 1972, D.S., 1972, n° 243.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 1974, JCP, éd. G., 1974, IV, n° 147.

Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 1978, *Mandryka c/ Époux Franck et autres* Bull. civ. I, n° 167.

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1985, *M. Konstantinow c/ D. Manrique et autres*, Bull. civ. I, n° 298.

Cass. civ. 2^{ème}, 4 février 1987, *Cie assurances Helvetia et autres c/ Zapha*, Bull. civ. II, n° 38.

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 février 1990, *M. Jugnet c/ M. Hérard et autres*, Bull. civ. I, n° 39.

Cass. ass. Plén., 11 décembre 1992, *M. Marc Y*, Bulletin 1992, n° 13.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 1993, *Masson*, Bull. civ. 1993, I, n° 80.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, Bull. civ. 1993, I, n° 202.

Cass. civ. 1^{er} avril 1994, *Société S.A. 2000 / Agent judiciaire du trésor*.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 1994, J.C.P., 1995, IV, 368, p. 48.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 1995, Bull. 1995, I, n° 239.

Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1996, *B / Sté Clinique Bouchard*, Bull. civ. 1996, I, n° 219.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1997, Bull. 1997, I, n° 6.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Hédreul / Cousin et autre*.

Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mars 1997, *Comité d'entreprise de la caisse régionale de crédit agricole des Pyrénées-Atlantiques c/ M. Vidiella*, Bull. Civ. II, n° 89.

Cass. crim. 24 juin 1997, *Stade de Furiani*, Bull. crim. 1997, n° 251.

Cass. civ., 1^{ère}, 14 octobre 1997, Bull. civ., n° 374.

Cass. civ. 1^{ère}, 21 décembre 1997, *Corrocher*.

Cass. avis, 6 juillet 1998, *Martine et Christiane X*, Bulletin 1998, avis n° 10.

Cass., 1^{ère}, civ., 29 juin 1999, *Staphylocoques dorés*, n° 97-14254, Bull. 1999, I, n° 220.

Cass. crim. 28 septembre 1999, JCP 2000, 1266.

Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 2000, Bull. civ. n° 13.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, Bull. 2000, I, n° 153.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, *Porcheron*.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2000, *Destandau / tourneur et MSA*, Bull. civ. 2000, n° 287.

Cass. civ. ass., Plén., 17 novembre 2000, *Époux Perruche*, n° 99-13701, Bull. AP, n° 9.

Cass. crim., 28 novembre 2000, *Paul ATTALAH / CA de Paris*.

Cass. crim. 6 février 2001, JCP, éd.G., 2001, n° 18, IV, 1841.

Cass. soc. 26 avril 2001, Dalloz, 2001, IR, 1, 592.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2001, D. 2001.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, D. 2001, I.R. 2089.

Cass. civ. Plén. 13 juillet 2001, n° 97-17.359, n° 97-19.282, n° 98-19.190, JCP 2001, éd. G., II, 1061.

Cass. civ., 1^{ère}, 09 octobre 2001, n° 0014564, Bull, civ., I, n° 249.

Cass. crim. 23 octobre 2001, Bull. 2001, n° 218.

Cass. crim., 23 octobre 2001, *X / CA de Grenoble*, Bull. 2001, n° 127.

Cass. civ. Plén. 28 novembre 2001, n° 00-11.197, n° 00-14.248, JCP 2002, éd. G., II, 10018.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, n° 01-11521.

Cass. crim., 13 novembre 2002, *Michèle X / CA de Grenoble*.

Cass. crim., 4 février 2003, *Laurent X / CA de Fort-de-France*, Juris-Data : 2003-018113.

Cass. crim., 4 février 2003, *Michel X, Eric Y et Jean Z / CA de Versailles*.

Cass. crim. 1^{er} avril 2003, *Frédéric X / CA de Metz*.

Cass. Crim., 2 décembre 2003, Bull. crim., n° 226.

Cass. crim., 21 septembre 2004, *Docteur David X / CA de Grenoble*.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 2005, n° 03-14206.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 2005, Bull. 2005, I, n° 4.

Cass. Civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, Bulletin civ. 2006, I, n° 30

Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, Bull. 2006, I, n° 191.

Cass. Civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, *Mme X. / M. Y.*, n° 05-13753.

Cass. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2006, *M. X.*, n° 05-16522.

Cass. civ. Trois avis du 29 octobre 2007, n° 07-00015 à 07-00017, Bull. civ., n° 10 et 11.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2007, Bull. civ. I, n° 380.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 2008, n° 06-20.568.

Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2008, *Époux L. c/ D. et autres*, Bulletin civ. 2008, I, n° 190.

Cass. crim., Avis du 6 octobre 2008, Bull. crim., 2008, n° 4.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2008, Bull. 2008, I, n° 231.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2008, Bull. civ. I, n° 273.

Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, n° 08-12781, Bull. 2009, I, n° 141.

Cass, 1^{ère}, civ., 28 janvier 2010, n° 09-10992, Bull. 2010, I, n° 20.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2010, *M. X.*, n° 09-11270, Bull. 2010, I, n° 63.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, Bull., 2010, I, n° 128.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 octobre 2010, *Consorts X.*, n° 09-69195, Bull. 2010, I, n° 200.

Cour d'assises

Cour d'assises Île et Vilaine, 11 mars 1998, Bull. n° 63 bis.

Cour d'appel

CA, Douai, 19 janvier 1931, Gaz. Pal., 1931, 2, p. 773.

CA Dijon, 25 janvier 2000, *SARL Clinique de Val Fleuri et autres / Mlle Benmedjahed*.

CA Paris, 27 janvier 2000, Juris-Data n° 2000-109780.
CA Rennes, 10 octobre 2000, Juris-Data n° 2000-137044.
CA Rennes, 10 octobre 2007, *M. Jacques Reynaud*.
CA Paris, 16 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-351815.
CA Rennes, 4 février 2009, *Clinique Sainte Thérèse*.

Tribunal de grande instance

TGI Seine, 31 mars 1960, Gaz. Pal., 1960, 2, 106.
TGI Paris, 26 janvier 2010, n° 08/06179.

Tribunal civil

Tribunal civil, 19 décembre 1932, *Lannion*.

Jurisprudence libanaise :

Conseil d'État

CE, 28 mai 1963, *Michel Trabay et son épouse / La commune de Beyrouth*, n° 926, Revue de la jurisprudence administrative libanaise, 1963, II, p. 196.
CE, 03 juin 1999, n° 586/98-99, Revue de la juridiction administrative au Liban, N° 14, Tome 2, p. 632.
CE, 03 novembre 1999, n° 50, Revue de la juridiction administrative au Liban, N° 15, Tome 1, p. 90.
CE, 23 novembre 1999, *Morched Ziaiter / l'État libanais*, Rec. CE libanais, 2003, n° 15, I, p. 135.

Cour de Cassation

Cour de Cassation, n° 342/ 2001, 9 juin 2001.

Cour d'appel

CA Beyrouth, civ., 3^{ème} chambre, 9 mai 2002, *Wajdi Saad et ses consorts / Docteur Najjar et AUH*, Revue al-Adel, 2002, p. 359.

CA Beyrouth, civ., 3^{ème} chambre, 21 juin 2007, D. Robert Daou/ Gabi Nelbandyan, n° 976, Revue al-Adel, 2007, n° IV, p. 1730.

Tribunal de première instance

Tribunal de première instance de Bekaa, 2^{ème} chambre, 6 octobre 2005, *Toufik Saad / Docteurs H. L. et J. A.*, Revue al- Adel, 2006, n° 1, p. 380.

Tribunal de première instance de Bekaa, 2^{ème} chambre, 3 novembre 2004, *Laure Sawaya et consorts/ D. W. A.*, n° 52, Revue al-Adel, 2006, n° I, p. 370.

Tribunal de première instance à Bekaa, 2^{ème} chambre, 13 novembre 2004, *George Abou Raad/ D. A.A.*, n° 55, Revue al-Adel, 2005, n° II, p. 859.

Juge civil unique

Juge civil unique de Beyrouth, 10 novembre 1998, *Wajdi el asaad/ D. Faissal Najjar et Hôpital universitaire américain*, n° 1068/98, Revue al-Adel, 1999, p. 136.

Juge civil unique de Beyrouth, 28 février 2007, *George Tayea/ D. V.*, Revue al-Adel, 2007, n° IV, p. 1854.

Jurisprudence européenne :

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 15 janvier 1998, *Boffa / Saint Marin*.

CEDH, gr. ch., 6 octobre 2005, *Lionel et Christine Draon / France* et *Didier et Sylvia Maurice / France*.

CEDH, 5^{ème} sect., 18 décembre 2008, *UNEDIC / France*.

CEDH, 5^{ème} sect., 14 janvier 2010, *Atanasovski / Macédoine*.

Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes / République française*, C-52/00.

CJCE, Grande chambre, 10 janvier 2006, *Skov et Bilka*, C-402/03.

Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 21 décembre 2011, *CHU de Besançon / Dutreux*, aff. C-495/10.

Jurisprudence étrangère :

CA Ontario, 3 mars 1990, *Malette/Shulman*.

Cour suprême au Japon, 29 février 2000, *Takeda / Etat*.

Lois françaises

Loi n° 64-643 du 1^{er} juillet 1964, D. 1964.

Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, JO du 3 janvier 1971.

Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, JO du 20 juin 1971, p. 6300.

Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO du 22 décembre 1988, p. 16032.

Loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, JO du 25 janvier 1990, n° 21, p. 1009.

Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, JO du 4 janvier 1992, p. 178.

Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, JO du 4 janvier 1993, n° 3, p. 237.

Loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, JO du 2 juillet 1994, p. 9559.

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JO du 30 juillet 1994, p. 11056.

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO du 30 juillet 1994, p. 11059.

Loi n° 95-116 du 4 février 1995, JO du 5 février 1995, p. 1992 et s.

La loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité des produits défectueux, JO du 21 mai 1998, n° 117, p. 7744.

Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs, JO du 10 juin 1999, p. 8487.

Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO du 28 juillet 1999, n° 172, p. 11229.

Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JO du 11 juillet 2000, n° 159, p. 10484.

Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JO du 7 juillet 2001, n° 156, p. 10823.

Loi n° 2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118.

Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale modifiant la loi du 4 mars 2002, JO du 31 décembre 2002, p. 22100.

Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, JO du 3 janvier 2004, n° 2, p. 184.

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO du 10 mars 2004, n° 59, p. 4567.

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO du 7 août 2004, n° 182, p. 14040.

Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004, n° 185, p. 14277.

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO du 12 février 2005, n° 36.

Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JO du 23 avril 2005, n° 95, p. 7089.

Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008, JO du 18 décembre 2008, n° 294, p. 19291.

Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO du 22 juillet 2009, n° 167, p. 12184.

Lois libanaises

Loi n° 288 du 22 février 1994 relative à la déontologie médicale, JO libanais du 3 mars 1994, n° 9, p. 239.

Loi n° 544 du 24 juillet 1996 modifiée par la loi n° 602 du 28 février 1997.

Loi n° 574 du 11 février 2004 relative aux droits des malades et au consentement éclairé, JO libanais du 13 février 2004, n° 9, p. 705.

Loi n° 664 du 4 février 2005 relative au Médiateur de la République, JO libanais du 10 février 2005, n° 6, p. 487.

Décrets français

Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 portant Code de déontologie médicale, JO du 6 décembre 1955, p. 11856.

Décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires, JO du 5 janvier 1975, p. 264.

Décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, JO du 30 juin 1979, p. 1568.

Décret n° 92-329 du 30 mars 1992 relatif au dossier médical et à l'information des personnes accueillies dans les établissements de santé, JO du 1^{er} avril 1992, n° 78, p. 4607.

Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, JO du 8 septembre 1995, p. 13305.

Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002, JO du 30 avril 2002, p. 7790.

Décret n° 2003-314 du 4 avril 2003, JO du 5 avril 2003, n° 81, p. 6114.

Décret n° 2005-1768 du 30 décembre 2005, JO du 31 décembre 2005, n° 304, p. 20850.

Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, JO du 8 janvier 2009, p. 479.

Décrets libanais

Décret libanais n° 11807 du 30 janvier 2004 relatif à la création d'une division au corps du ministère de la santé publique pour contrôler les hôpitaux lesquels des établissements publics ont été établi pour leur gestion, JO libanais du 12 février 2004, n° 8, p. 505.

Ordonnances françaises

Ordonnance n° 58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, www.chu-nantes.fr.

Arrêtés, circulaires et réponses ministérielles français

Circulaire ministérielle DGS/DH n° 95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients.

Circulaire n° 2007-05 du 22 février 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel, Bulletin officiel, n° 2, 20 avril 2007.

Arrêté du 13 avril 2007 modifiant l'arrêté ministériel du 6 janvier 1962, JO français du 14 avril 2007, n° 88, p. 6861.

Réponse ministérielle n° 30015 : JOAN, 10 février 2009.

Directives européennes

Directive n° 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985.

Avis

FAUCHON Pierre, avis de la commission des lois n° 175, *Droit des malades et qualité du système de santé*, première lecture, Librairie du Sénat, 2001-2002, annexé à la séance du 16 janvier 2002.

CADA, 1^{er} avril 2004, avis, n° 2004-1039.

Actes de colloques, Congrès, Journées d'études

Deuxième congrès international de morale médicale, organisé par l'Ordre national des médecins, Paris, mai 1966.

Colloque intitulé « L'exercice médical dans la société : hier, aujourd'hui, demain », organisé par l'Ordre National des médecins les 29 et 30 septembre 1995 à Paris.

Communication des 12^{ème} Journées Universitaires Francophones de Pédagogie Médicale, 4-5 juin 1997, J.H. BARRIER.

Maurice RAPIN, journée d'éthique médicale intitulée « L'aléa thérapeutique », Flammarion, Médecine-Sciences, 1998.

Actes de la journée d'études des éditions du juriscasseur, Patrice Jourdain, Anne Laude et Jean Pennau et autres, « Le nouveau droit des malades », Litec, 2002.

Colloque intitulé « Le handicap droit, histoire, médecine », Montpellier les 6-7 novembre 2003, sous la direction de François Vialla, PUAM, 2004.

Colloque de l'association Française de Droit de la Santé intitulé « Analyse juridiques des recommandations de bonnes pratiques », Montpellier le 16 octobre 2006, Revue Droit et Santé 2007, n° 15.

Colloque intitulé « la réparation du dommage corporel : le juste prix », 23 novembre 2006, Gaz. Pal., 11-13 février 2007.

Colloque intitulé « Les droits des malades et des usagers du système de santé, une législation plus tard », organisé par la chaire Santé de Sciences Po, en partenariat avec le collectif interassociatif sur la santé le 1^{er} mars 2007, sous la direction de Didier TABUTEAU.

Colloque du Conseil national des barreaux, 28 novembre 2007, Gaz. Pal., 18 et 19 avril 2008.

Colloque franco-libanais sur « La protection de la personne au regard des conditions de l'acte médical », organisé par l'Université libanaise et l'Université de Rennes 1 à Beyrouth le 2 avril 2012.

Table des matières

Remerciements	
Liste des abréviations	
Sommaire	1
Introduction	2
Première partie : L'affirmation progressive de la responsabilité médicale en droit public	17
Titre I : Délimitation de la responsabilité médicale en droit public	19
Chapitre I : La responsabilité du service public hospitalier : une responsabilité administrative spécifique	20
Section 1 : La nature de la responsabilité médicale en droit public	20
§1 : Le principe de la responsabilité administrative à l'hôpital public	20
A. Responsabilité administrative issue des missions du service public hospitalier	23
I. Missions du service public hospitalier	23
II. Les principes juridiques du service public hospitalier	25
a. Le principe de continuité à l'hôpital	25
b. Le principe d'égalité à l'hôpital	26
c. Le principe de mutabilité à l'hôpital	26
B. Responsabilité administrative issue de l'exécution du service public hospitalier	27
I. Le statut juridique du médecin à l'hôpital public	27
II. Le statut juridique du patient à l'hôpital public	28
§2 : Les exceptions à la nature administrative de la responsabilité à l'hôpital public	29
A. Cas de la faute personnelle du praticien hospitalier	30
I. L'indépendance de la qualification de la faute personnelle	31
II. L'évolution de la notion de faute personnelle vers une indemnisation facilitée pour la victime ...	32
B. Les « îlots » de droit privé au sein du service public hospitalier	33
I. Les activités libérales des praticiens statutaires à l'hôpital	33
II. Les cliniques ouvertes	35
Section 2 : Évolutions des éléments du droit commun de la responsabilité hospitalière	36

§1 : Le préjudice	37
A. La naissance non désirée	38
B. La perte de chance	44
I. La perte de chance : entre lien de causalité distendu et préjudice d'une nature particulière	45
II. Les évolutions de la perte de chance au niveau de la juridiction administrative	47
§2 : La causalité en responsabilité hospitalière publique	52
A. Les dispositifs du lien de causalité en responsabilité hospitalière	52
B. La dilution de la causalité en matière de la responsabilité hospitalière	54
I. La présomption de causalité	54
II. La théorie de l'équivalence de conditions comme un atout pour les victimes	56
Conclusion	60

Chapitre II : Les phénomènes de l'affaiblissement de spécificité de la responsabilité hospitalière publique

Section 1 : La crise du service public hospitalier

§1 : Du service public hospitalier au système de santé

A. Évolutions de la pratique médicale et la société	65
B. Les droits fondamentaux de la personne hospitalisée	68
I. Le droit à la santé	73
II. Le principe de la dignité de la personne humaine	74
III. Le principe de non-discrimination	75
IV. Le respect de la vie privée et du secret médical	76

§2 : Manifestations du rapprochement de la responsabilité médicale publique-privée

A. Manifestations jurisprudentielles et législatives du rapprochement public-privé	79
I. Les manifestations jurisprudentielles	79
a. La détermination des obligations	80
b. L'étendue des obligations	84
II. Les manifestations législatives	85
a. La pertinence de la distinction contrat-statut	86
1. L'unification de la condition juridique des patients	86
2. Le caractère hybride du contrat médical	88
b. Les associations agréées d'usagers du système de santé	90
1. Responsabilité du mésusage des droits conférés	93
2. Responsabilité issue des contraintes économiques des politiques de santé	93

c. L'accès au dossier médical	94
B. La reconnaissance progressive du caractère économique de l'activité des établissements publics de santé	95
Section 2 : Les différents types en commun de responsabilité	97
§1 : La responsabilité pénale et disciplinaire dans le domaine médical	98
A. La mise en œuvre de la responsabilité pénale et disciplinaire	98
I. La possibilité d'une responsabilité pénale cumulée	103
II. La nécessité d'une responsabilité personnalisée	104
B. Le directeur d'hôpital : du principe de sécurité au principe de précaution	105
§2 : Manifestations de la dépenalisation du droit médical	109
A. Une dépenalisation médicale directe	110
I. Dépenalisation justifiée par la liberté de conscience du médecin	110
II. Dépenalisation justifiée par le respect de l'autonomie du patient	113
B. Une dépenalisation médicale indirecte	115
I. Dépenalisation jurisprudentielle indirecte	115
II. Dépenalisation légale indirecte	118
Conclusion	122
Titre II : Une responsabilité médicale en voie de retrouver un équilibre malmené	124
Chapitre I : Un équilibre fondé sur une éthique renforcée	126
Section 1 : L'obligation d'information	127
§ 1 : L'étendue de l'obligation d'information	130
A. Domaine général de l'information médicale	133
B. Les évolutions jurisprudentielles de l'obligation d'information	135
I. Les risques exceptionnels	136
II. Le débat généré par la jurisprudence nouvelle de janvier 2000	140
§ 2 : Un droit d'être informé consacré par la loi	144
A. La gravité des juges est-elle celle du législateur ?	147
B. La connaissance des risques	148
I. Les risques normalement prévisibles	149
II. Les risques fréquents	151
Section 2 : Un consentement libre et éclairé du patient	153
§ 1 : La volonté du patient entre consentement et assentiment	156

A. Le consentement, élément de formation du contrat médical ?	156
B. Le consentement, justification de l'atteinte à l'intégrité du corps humain ?	158
§ 2 : Le refus de soins par le patient ou son représentant	160
A. Les dispositions du refus de soins par le patient avant « la démocratie sanitaire »	163
B. Les dispositions du refus de soins par le patient après « la démocratie sanitaire »	166
Conclusion	172
Chapitre II : Un équilibre basé sur un pragmatisme bénéfique	176
Section 1 : Les fautes des auxiliaires médicaux	176
§ 1 : Des fautes à caractère médical	176
A. La faute dans le service de l'urgence médicale	177
I. Fondement de la responsabilité du service de l'urgence	177
II. Le statut juridique des collaborant libéraux	181
B. La faute dans les actes de soins courants et bénins	184
§ 2 : Des fautes à la jonction entre l'administratif et le médical	188
A. Organisation adaptée afin de donner des soins qualifiés	191
B. Le dysfonctionnement du service public hospitalier, une notion polymorphe	194
Section 2 : L'obligation <i>in solidum</i>, un atout pour la victime	199
§ 1 : La collaboration étroite dans l'exécution du service public hospitalier	200
A. La collaboration entre les coauteurs, fondement de la solidarité	201
B. La reconnaissance jurisprudentielle de la collaboration étroite en matière de transfusion sanguine....	204
§ 2 : L'obligation <i>in solidum</i>, une garantie pour la victime	207
A. Pluralité d'interventions médicales et obligation <i>in solidum</i>	209
B. L'extension du domaine de l'obligation <i>in solidum</i>	212
Conclusion	214
Deuxième partie : Les perspectives d'une indemnisation des préjudices médicaux hors l'institution de la responsabilité médicale	216
Titre I : Les fondements de la responsabilité médicale en droit public	217
Chapitre I : Le fondement principal, une faute médicale	220
Section 1 : Délimitation de la faute médicale au stade de l'appréciation de l'obligation de soins... 221	
§ 1 : La référence à un type humain moral et raisonnable	222

A. L'inexécution de l'obligation de prudence et de diligence	222
B. Les limites de l'appréciation abstraite	224
I. Une démarche médicale structurée mais probabiliste	225
II. Le portrait d'un décideur consciencieux et attentif	228
§ 2 : La référence à un professionnel savant et compétent	230
A. La liberté thérapeutique du médecin	231
I. L'affirmation du principe de la liberté thérapeutique	231
II. Les limites révélées par la reconnaissance de la faute technique	233
B. L'appréciation de la faute technique par la référence aux données de la science	235
I. La conformité des soins aux « données acquises de la science »	235
II. L'identification de références médicales abstraites	237
Section 2 : Le domaine des erreurs médicales fautives	239
§ 1 : Évolutions de la faute en matière de responsabilité hospitalière	240
A. La distinction jurisprudentielle faute lourde-faute simple	240
I. La faute lourde, une notion difficile à définir	243
II. La faute lourde, une fonction délicate à justifier	245
B. Vers un concept unique de la faute médicale	247
I. L'abandon de la faute lourde	249
II. Faute simple substituée à la faute lourde ?	253
§ 2 : Les formes de la faute médicale	256
A. Faute à caractère intellectuel	257
I. Faute dans le diagnostic	257
II. Faute dans le choix thérapeutique	261
B. Faute à caractère manuel	263
I. Faute dans l'exécution de l'acte médical	264
II. Faute médicale postopératoire	267
Conclusion	271
Chapitre II : Les exceptions au fondement principal	273
Section 1 : Faute médicale qualifiée	273
§ 1 : Une faute médicale caractérisée	273
A. Applications de la faute médicale caractérisée	275
B. La normalisation de la prestation médicale	279
§ 2 : La faute personnelle de l'agent public hospitalier	283

A. La reconnaissance jurisprudentielle de la faute personnelle détachable du service public hospitalier	284
B. Les conséquences indemnitaires de la faute qualifiée personnelle	287
Section 2 : Indemnisation sans faute sur le fondement de la solidarité sociale	290
§ 1 : Une responsabilité sans faute	292
A. Les hypothèses consacrées par la loi	293
I. La responsabilité sans faute à raison des produits et appareils défectueux de santé	293
II. La responsabilité sans faute des dommages résultant d'infections nosocomiales	299
a. Le régime jurisprudentiel de responsabilité des dommages d'infections nosocomiales	301
b. Le régime légal de responsabilité des dommages d'infections nosocomiales	304
B. Les hypothèses générales de responsabilité sans faute applicables au service public hospitalier....	307
§ 2 : De la responsabilité sans faute à la solidarité nationale	311
A. L'aléa thérapeutique	313
I. L'émergence jurisprudentielle de la responsabilité sans faute de l'aléa thérapeutique	314
II. Une nouvelle dimension vers la solidarité nationale	317
B. Dommages spécifiques indemnisés sur la solidarité nationale	318
I. Le régime de responsabilité pour les actes de transfusions sanguines	319
II. La prise en charge des dommages vaccinaux	323
III. La réparation des conséquences des recherches biomédicales	324
Conclusion	326
Titre II : Un déplacement progressif du pôle de la responsabilité au pôle de l'indemnisation	328
Chapitre I : L'expertise médicale	329
Section 1 : Une procédure juridique qui n'est pas sans dérives	330
§ 1 : Les normes juridiques de l'expertise médicale, en matière judiciaire et administrative	333
A. L'expertise médicale devant le juge judiciaire non répressif	335
B. L'expertise médicale devant le juge administratif	337
§ 2 : Les principes généraux du droit applicables à l'expertise médicale	340
A. L'application du principe d'égalité devant la juridiction administrative par le biais de l'expertise médicale	341
B. L'expertise médicale et le principe du contradictoire, en matière administrative	343
C. L'expertise impartiale devant le juge administratif	347
Section 2 : Les aspects pratiques de l'expertise médicale	349

§ 1 : Les caractères et l'objet de l'expertise en matière administrative	349
A. L'objet de la mission d'expertise médicale en matière administrative	350
I. L'analyse de la jurisprudence administrative	351
II. De la nature juridique de l'objet de la mission d'expertise médicale	353
B. De la détermination certaine à la probabilité du lien de causalité médicale	355
I. L'expertise médicale et le lien de causalité en responsabilité hospitalière	355
II. Les limites de l'expertise sur la détermination du lien de causalité médicale	357
§ 2 : La place et le rôle des compagnies d'assurances dans l'expertise médicale en matière administrative	358
A. Les dispositions législatives en cause	360
I. L'analyse des dispositions juridiques de l'assurance médicale	360
II. La réalité des modes alternatifs d'assurance	362
B. Le rôle du médecin-conseil au cours des opérations d'expertise médicale	364
I. Le médecin-conseil et le médecin expert face à l'expertise médicale	364
II. La prise en compte des observations du médecin-conseil	365
Conclusion	367
Chapitre II : L'objectif d'une indemnisation intégrale des préjudices médicaux	369
Section 1. La création et le fonctionnement du système de règlement à l'amiable.....	374
§ 1 : Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux	376
A. La procédure de règlement amiable devant les CRCI	376
I. Les avis rendus par les CRCI	378
II. Les procédures d'indemnisation devant l'ONIAM	379
B. Les frontières de l'indemnisation des accidents médicaux par la solidarité nationale	381
I. Un accident médical non fautif	382
II. Le caractère subsidiaire de l'aléa par rapport à la responsabilité des acteurs de santé	384
§ 2 : La nature et les effets juridiques des actes des CRCI	387
A. La nature juridique des CRCI	389
B. Les déclarations d'incompétence des CRCI, des actes ne faisant pas grief	390
I. le régime juridique des déclarations d'incompétence	390
II. Une mise à l'écart du juge, plus profitable que nuisible pour le justiciable	392
Section 2 : L'efficacité indemnitaire du système de l'indemnisation amiable	393
§ 1 : « Les troubles dans les conditions d'existence »	394
A. « Les troubles dans les conditions d'existence », une malléabilité au service de l'équité	396

I. « Les troubles dans les conditions d'existence », une notion à géométrie variable	396
II. « Les troubles dans les conditions d'existence », une notion fonctionnelle	399
B. Le traitement des troubles dans les conditions d'existence	400
I. Les effets indésirables des troubles dans les conditions d'existence	400
II. Les remèdes possibles	403
§ 2 : Tentative d'harmonisation au stade de l'évaluation du dommage	404
A. La normativité de la nomenclature <i>Dintilhac</i>	407
I. Incontestablement, une norme juridique	408
II. Potentiellement, une règle de droit	409
B. La force normative de la nomenclature <i>Dintilhac</i>	411
I. La portée normative de la nomenclature <i>Dintilhac</i>	411
II. La garantie normative de la nomenclature <i>Dintilhac</i>	413
Conclusion	416
Conclusion générale	418
Bibliographie	430
Table des matières	469