

AJDA 2005 p. 2226

Responsabilité, assurance et solidarité en matière sanitaire

Terry Olson, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, commissaire du gouvernement à la section du contentieux

Thomas Argente, Stagiaire à la section du rapport et des études du Conseil d'Etat

L'essentiel

Reflets d'une exigence accrue de la société tout entière, les rapports entre responsabilité, assurance et solidarité nationale ont connu des mutations importantes au cours des vingt dernières années. Le droit applicable aux accidents médicaux et chirurgicaux a donné lieu à des échanges intenses et parfois passionnés, mettant face à face les deux ordres de juridiction entre eux mais aussi les juges d'une part, le législateur d'autre part. Si les lois de 2002 ont apaisé les esprits et amélioré les conditions d'indemnisation de ces dommages, l'équilibre qui en est issu semble assez fragile.

Dans le domaine de la santé, le droit de la responsabilité et, en filigrane de celui-ci, les rapports entre faute, risque et solidarité connaissent en France une évolution considérable. Cette évolution a pour toile de fond une médecine comptant parmi les meilleures du monde qui pâtit paradoxalement de son succès et est exposée à un double mouvement de culpabilisation et de victimisation.

Tenter de faire une brève synthèse de l'évolution du droit dans ce domaine permet de constater de prime abord que celle-ci s'est construite par une forme de dialogue entre les juges et entre la loi et la jurisprudence. Les deux sources de droit n'ont en effet cessé de se faire écho. La jurisprudence a fixé certains concepts et principes qui ont nourri la réflexion du législateur ; à son tour, le législateur a pour partie consacré la jurisprudence, mais s'en est parfois écarté allant même en certains cas jusqu'à la condamner.

Des causes plurielles aux effets... singuliers

La médecine est victime de son succès et celui-ci tend à nourrir le sentiment d'un quasi-droit à la guérison. Ce succès produit des effets singuliers qui tiennent à ce que les progrès fulgurants qui ont été accomplis dans les actes de diagnostic et de traitement ont eux-mêmes engendré des risques nouveaux. Pour s'en tenir à deux exemples, citons les artériographies, réalisées par injection d'un produit opaque pouvant entraîner une tétraplégie, ou les anesthésies, qui peuvent avoir des effets imprévisibles, massifs et parfois mortels, même lorsqu'elles sont effectuées pour les interventions bénignes sur des personnes en bonne santé. Ainsi, un acte médical destiné à soigner et guérir peut, il est vrai dans certains cas d'occurrence exceptionnelle, handicaper ou tuer.

Le secteur de la santé n'échappe pas au mouvement de culpabilisation qui irrigue toute la société et qui conduit au moindre dysfonctionnement à rechercher toujours un responsable et autant que possible un coupable. Peu à peu, s'instille insidieusement dans les esprits l'idée que pèse sur le médecin, non une obligation de moyens, mais bien une obligation de résultat. Si l'on osait une formule forçant à peine le trait, on pourrait aller jusqu'à dire que, jadis, lorsqu'un aïeul octogénaire s'éteignait, sa famille remerciait le médecin d'avoir fait tout ce qu'il pouvait, alors qu'aujourd'hui ce même praticien peut s'estimer heureux s'il échappe à un dépôt de plainte pour l'avoir, par son incurie, ravi à l'affection des siens à un âge encore

tendre... Les médecins exercent un art exigeant et difficile, impliquant de prendre des responsabilités voire des risques, ils assument cette exigence et cette difficulté, mais acceptent mal de devoir consacrer leur temps et leur énergie à se justifier dans les contentieux de plus en plus fréquemment engagés par leurs patients. Mais la recherche d'un responsable ou - mieux encore - d'un coupable est parfois vaine. Par ailleurs certains risques ne sont pas assurables, faute d'être réellement quantifiables et de se prêter aux outils statistiques du calcul actuariel : la réparation ne peut alors être recherchée ni sur le terrain de la mise en jeu de la responsabilité pour faute ni sur celui de l'assurance. C'est ainsi que donne sa pleine mesure le mouvement de victimisation désormais très présent dans notre société, relevé par le Conseil d'Etat dès son rapport public de 1998.

Alors le corps social tout entier tend à abaisser le seuil au-delà duquel un préjudice devient collectivement inacceptable. Une telle approche n'est certes pas nouvelle dans son principe, tant il est vrai que, dès le préambule de la Constitution de 1946, avaient été proclamées « la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent de calamités nationales » ; c'est en revanche l'ampleur des dommages que la collectivité croit devoir et pouvoir assumer en lieu et place des victimes qui se trouve accrue. Ainsi se trouve posée la question de la responsabilité pour risque dans le champ des accidents sanitaires ou médicaux, domaine juridiquement complexe et socialement oh combien sensible !

Les rapports entre droit et santé avant les lois de mars et décembre 2002

Domaines longtemps séparés, le droit et la santé se sont peu à peu rencontrés sous les auspices de la jurisprudence. L'irresponsabilité initialement appliquée à l'exercice des activités sanitaires a peu à peu fait place à une responsabilité pour faute lourde puis simple, le plus souvent prouvée mais parfois présumée. Est aussi apparue, du moins du côté du juge administratif, une responsabilité sans faute il est vrai cantonnée à des hypothèses assez délimitées.

De l'irresponsabilité à une responsabilité graduée

Aussi longtemps que les problèmes sanitaires ont été appréhendés au travers du prisme de l'assistance, la question d'une éventuelle responsabilité du médecin ou du service hospitalier ne se posait guère. Par un arrêt du 26 juin 1696, le parlement de Paris avait consacré cette conception en affirmant formellement le principe de l'irresponsabilité du médecin. Cette vision des choses a prévalu longtemps.

Le XIXe siècle a marqué la reconnaissance par le juge judiciaire d'une responsabilité quasi délictuelle du médecin envers son patient par l'arrêt de la Cour de cassation *Thouret-Noroy* du 18 juin 1835 (S. 1835, I, p. 401) ; l'avocat général a, à cette occasion, développé une interprétation de l'article 1382 du code civil comme ouvrant droit à réparation des dommages causés en raison de « l'ignorance des choses que l'on doit savoir ». L'arrêt de la Cour retient en l'espèce l'existence d'une faute grave. Aussi importante soit-elle, cette évolution de la jurisprudence judiciaire a vu son impact cantonné à la sphère de la médecine libérale. L'activité des services sanitaires relevant de l'Etat est demeurée régie par le principe général de l'irresponsabilité couvrant les activités de celui-ci jusqu'à l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits du 8 février 1873 ; même une fois franchi cet obstacle de principe capital, l'impossibilité de rechercher la responsabilité des services sanitaires publics a subsisté encore assez longtemps.

Au XXe siècle, les années 30 ont été marquées par une double et importante évolution.

Le Conseil d'Etat a tout d'abord mis fin à l'irresponsabilité régissant les activités des services publics de santé. Par ses décisions du 8 novembre 1935, *Dame Vion* (Lebon p. 1019) et *Dame Philipponeau* (Lebon p. 1020), la section du contentieux a pour la première fois admis qu'il pourrait y avoir matière à rechercher la responsabilité du service hospitalier en cas de faute lourde. Sept mois plus tard, la jurisprudence judiciaire a de son côté connu une évolution notable. Par son arrêt *Dr Nicolas c/ Epoux Mercier* du 20 mai 1936 (D. 1936, p. 88, note E. P.), la Cour de cassation a opéré un changement dans le fondement de la responsabilité du

médecin libéral en jugeant que ce fondement serait non plus quasi délictuel mais contractuel (Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale, S. 1996, p. 365, note P. Sargos).

#### L'abandon de l'exigence d'une faute lourde

Le juge administratif a distingué à partir de 1935 entre organisation et fonctionnement du service hospitalier d'une part, conduite des activités médicales et chirurgicales d'autre part. A l'intérieur de celles-ci, la jurisprudence a été amenée à opérer une seconde distinction selon qu'étaient en cause :

- soit des soins courants, n'imposant pas l'intervention d'un médecin ni même la surveillance personnelle d'un médecin (CE sect. 26 juin 1959, *Rouzet*, Lebon p. 405 ; AJDA 1959, p. 273, concl. J. Fournier), la responsabilité encourue étant alors une responsabilité pour faute simple : tel était le cas des piqûres, perfusions, pansements, etc. (CE 9 janvier 1980, *Martins*, Lebon p. 4) ;

- soit des actes médicaux au sens strict du terme, une faute lourde étant alors exigée pour admettre la responsabilité du service hospitalier (pour un diagnostic : CE 6 mai 1988, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris c/ Consorts Leone*, Lebon p. 186 ; pour la prescription d'analyses : CE sect. 19 décembre 1984, *Boehrer*, Lebon p. 433, concl. B. Stirn ; pour une opération chirurgicale : CE Ass. 28 mai 1971, *Centre hospitalier de Reims*, Lebon p. 418).

Dans le contexte de la réduction graduelle du champ de la faute lourde à ses domaines incompressibles, il était naturel que soit posée la question du maintien de l'exigence d'une telle faute pour les dommages résultant des actes médicaux ou chirurgicaux. Dans un domaine aussi sensible, dont les contentieux soulèvent des enjeux humains très difficiles, l'idée s'est peu à peu imposée que rien ne justifiait plus de conserver cette distinction très mal comprise des requérants, non appliquée en ces termes par le juge judiciaire et soulevant au demeurant des problèmes de délimitation complexes. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a choisi de renoncer à l'exigence d'une faute lourde dans le contentieux de tels actes (CE Ass. 10 avril 1992, *Epoux V.*, Lebon p. 171  ; AJDA 1992, p. 355, concl. H. Legal  ; RFDA 1992, p. 571, concl. H. Legal  ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15e éd., p. 712). Cinq ans plus tard, cette même exigence a très logiquement été abandonnée pour les services d'aide médicale d'urgence (CE sect. 20 juin 1997, *Theux*, Lebon p. 254  ; RFDA 1998, p. 82, concl. J.-H. Stahl  ; D. 1999, p. 46, obs. P. Bon et D. de Béchillon ). Cette évolution jurisprudentielle ne doit pas être interprétée comme conduisant à transformer l'obligation de moyens pesant sur le service public hospitalier en une obligation de résultat voire de guérison, ni même d'accentuer le degré d'exigence pesant sur les établissements hospitaliers : en matière de responsabilité hospitalière comme dans les autres domaines où l'exigence de faute lourde a été abandonnée, le juge s'impose à lui-même de prendre en considération la difficulté intrinsèque de l'activité en cause. Par « faute » comme le soulignait Hubert Legal en concluant sous l'arrêt *Epoux V.*, il convient d'entendre « faute spécifique régie par les lois particulières de la discipline en cause ». Ainsi toute erreur n'est pas une faute.

Les hypothèses de responsabilité sans faute des personnes publiques consacrées par la jurisprudence administrative

Le juge administratif a fait le choix de se singulariser en admettant, dans certains cas limitativement énumérés, la possibilité de rechercher la responsabilité d'un établissement public d'hospitalisation, même en l'absence de faute de celui-ci.

A ainsi été admise la possibilité d'une indemnisation :

- en cas d'utilisation d'une thérapeutique nouvelle (CAA Lyon 21 décembre 1990, *Consorts Gomez*, Lebon p. 498 ; AJDA 1991, p. 167  ; D. 1991, p. 292, obs. P. Bon et P. Terneyre ) ;

- en cas de réalisation d'une transfusion sanguine par un établissement de santé gestionnaire d'un centre de transfusion sanguine (CE Ass. 26 avril 1995, *Consorts N'Guyen*, Lebon p. 221 ; AJDA 1995, p. 577, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux) ;

- en cas de survenance d'un aléa thérapeutique, survenu dans la conduite d'un traitement médical (CE Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, Lebon p. 127  ; AJDA 1993, p. 383, chron. C. Maugué et L. Touvet  ; RFDA 1993, p. 573, concl. S. Daël  ; D. 1994, p. 65, obs. P. Terneyre et P. Bon ), ou même dans le cadre d'une intervention dépourvue de tout motif de traitement médical, par exemple dans le cas d'une circoncision à caractère religieux (CE sect. 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, Lebon p. 41  ; AJDA 1997, p. 1016, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud  ; RFDA 1998, p. 90, concl. V. Péresse  ; D. 1998, p. 146 ).

Des solutions souples en matière d'affections nosocomiales

Les jurisprudences administrative et judiciaire ont élaboré, pour l'indemnisation des victimes des affections nosocomiales, des solutions distinctes quant à leurs fondements théoriques, mais en fin de compte convergentes en tant qu'elles faisaient peser sur les patients des obligations allégées par rapport au régime de droit commun de la faute prouvée.

Le Conseil d'Etat a fixé sa jurisprudence en la matière avec son arrêt *Cohen* du 9 décembre 1988 (Lebon p. 431) qui a mis en place un régime de faute présumée : le simple fait que l'affection ait été contractée pendant le séjour à l'hôpital est considéré comme révélant une faute dans le respect des obligations en matière d'hygiène et d'asepsie pesant sur l'établissement hospitalier. Celui-ci, pour échapper à sa responsabilité, doit prouver qu'aucun fait ne lui est imputable. Cette tâche est difficile mais pas impossible : on peut concevoir que l'hôpital établisse que le malade était atteint d'une infection déclarée avant son admission (CE 14 juin 1991, *Maalem*, Lebon tables p. 1184  ; D. 1992, p. 148, obs. P. Bon et P. Terneyre  ) ou bien en démontrant que l'affection en cause est endogène et non exogène, l'opération chirurgicale n'ayant rien fait d'autre que libérer un germe déjà présent dans l'organisme du patient mais à l'état « dormant » (CE 27 septembre 2002, *Mme N.*, Lebon p. 315 ).

Quant à la Cour de cassation, elle a construit un régime un peu différent mais également favorable aux victimes, en considérant que le médecin est en pareil cas tenu, non pas seulement à une obligation de moyens, mais à une obligation de sécurité de résultat, le praticien pouvant se libérer de son obligation en rapportant la preuve d'une cause étrangère (Cass. 1re civ. 29 juin 1999, D. 1999, p. 159  ; JCP p. 1475).

La perte de chance résultant d'un défaut d'information du patient quant aux risques auxquels ses choix l'exposent

Le juge judiciaire (Cass. 1re civ. 7 octobre 1998, *Mme C. c/ Clinique du Parc et autres*, D. 1999, p. 145  ; JCP 1998.II.101179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos) puis le juge administratif (CE sect. 5 janvier 2000, *Consorts Telle*, Lebon p. 5  ; AJDA 2000, p. 137, chron. M. Guyomar et P. Collin  ; RFDA 2000, p. 641, concl. D. Chauvaux  ) ont construit une jurisprudence selon laquelle, lorsqu'un acte médical comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions permettant de recueillir son consentement éclairé, une telle obligation ne cessant de produire ses effets que dans certains cas limitativement énumérés : l'urgence, l'impossibilité, le refus du patient d'être informé. Quant à la circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement, elle n'a pas alors été jugée de nature à exonérer les professionnels de leur obligation.

Cette construction prétorienne a marqué une avancée audacieuse dans son principe puisqu'elle participe d'une évolution d'ensemble consistant à imposer aux médecins de mieux tenir compte de la personne du patient, présumé demeurer maître de son destin y compris lorsqu'il est rendu plus fragile et vulnérable du fait de la maladie, et de ne pas le considérer comme un simple objet de diagnostic et de traitement.

L'audace ne tient pas seulement à l'affirmation du principe d'un droit du malade ; elle tient

aussi aux conséquences qui en ont été tirées du point de vue de la définition du préjudice indemnisable. Le préjudice ne tient évidemment pas au handicap voire même aux conséquences mortelles que le patient a subies ; ce n'est pas le défaut d'information mais bien l'acte médical ou chirurgical réalisé qui a produit un tel effet. Le préjudice s'analyse comme la perte d'une chance de se soustraire à un risque qui s'est réalisé ; ainsi le fait de ne pas délivrer l'information au patient l'a privé de la possibilité d'un choix qui aurait pu le conduire à renoncer à l'acte qui, lui-même, a provoqué la réalisation du dommage.

Le juge administratif a choisi de faire exception à la règle de la réparation intégrale et, à l'instar du juge judiciaire, se livre à un calcul probabiliste pour tenter d'identifier la vraisemblance d'un refus qui aurait été opposé par le patient si l'information lui avait été délivrée. Il résulte de ce calcul un « coefficient de perte de chance » qui peut varier - 10, 20, 30 % voire davantage - et qui, appliqué au montant total des dommages, permet de déterminer le montant de l'indemnisation à laquelle le patient privé d'une information à laquelle il avait droit peut prétendre. Dans une hypothèse limite et en l'absence de toute alternative, la faute pour défaut de délivrer l'information existe, mais le préjudice est nul puisque le patient aurait de toute manière laissé l'acte s'accomplir (CE 15 janvier 2001, *Mme Courrech*, Lebon tables p. 1184 [📄](#)).

Les conséquences tirées par les jurisprudences administrative et judiciaire des erreurs de diagnostic prénatal

Cette question avait fait l'objet de deux importantes décisions jurisprudentielles, l'une émanant du juge judiciaire (Cass Ass. plén. 17 novembre 2000, *Perruche*, Bull. p. 15 ; D. 2001, p. 332 [📄](#)) et l'autre du juge administratif (CE sect. 14 février 1997, *CHR de Nice c/ Quarez*, Lebon p. 44 [📄](#) ; AJDA 1997, p. 430, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot [📄](#) ; RFDA 1997, p. 374, concl. V. Péresse [📄](#) ; D. 1997, p. 322 [📄](#)). Si les deux décisions reposaient sur des prémisses de raisonnement différentes, elles aboutissaient en pratique à des résultats assez peu éloignés.

Les deux jurisprudences convergeaient pour admettre que de l'erreur de diagnostic résultait, du point de vue des parents, la privation de la possibilité de faire un choix : celui de mettre fin à la grossesse dans le cas où le fœtus aurait été identifié comme étant porteur d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable. De même était admis le lien direct entre l'erreur ayant induit la privation du droit de mettre un terme à la grossesse et le préjudice moral des parents voire les troubles dans les conditions de leur existence. Enfin - et surtout - les deux jurisprudences acceptaient d'inclure dans le champ du préjudice indemnisable les charges particulières découlant du handicap, tout au long de la vie de l'enfant. Ainsi était consacré un droit à indemnité au titre des dépenses les plus lourdes financièrement.

C'est justement à ce stade que les jurisprudences administrative et judiciaire divergeaient. En effet le Conseil d'Etat incluait ces charges particulières liées à l'enfant, tout au long de la vie de celui-ci, dans le préjudice des parents. Par son arrêt *Perruche*, la Cour de cassation avait choisi une voie différente en considérant que les charges particulières découlant du handicap de l'enfant constituaient un élément du préjudice, non des parents, mais de l'enfant lui-même. L'arrêt *Perruche* a alimenté sans tarder une polémique ne cessant d'enfler, conduisant à ce que le législateur se saisisse lui-même de la question.

L'état du droit issu des lois des 4 mars et 30 décembre 2002

L'année 2002 a vu l'adoption par le Parlement de textes affectant en profondeur les rapports entre responsabilité, assurance et solidarité dans le domaine sanitaire. Il s'agit d'une part de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dite loi Kouchner, traitant de multiples sujets dont celui-ci (v. AJDA 2002, p. 508, comm. M. Deguegue [📄](#)), et d'autre part de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale dite loi About. La majeure partie de ces dispositions ont été depuis lors codifiées au titre IV, du livre 1er, de la première partie du code de la santé publique.

Le dispositif législatif mis en place par ces lois couvre un champ très large, allant au-delà de la responsabilité et de la solidarité en matière médicale et hospitalière, mais n'en introduit pas moins dans ce domaine des changements importants.

#### Le renversement des jurisprudences Perruche-Quarez

La loi du 4 mars 2002 s'ouvre par un article 1er qui scelle le sort de ces jurisprudences; cet article est au coeur du débat entre responsabilité et solidarité, en réduisant très fortement le champ de la responsabilité pouvant être encourue en pareil cas par un médecin ou un établissement de soins, tout en affirmant au moins dans son principe que les frais exposés pour subvenir aux besoins des enfants nés dans ces conditions, frais désormais exclus de toute forme d'indemnisation au titre de la responsabilité d'un médecin ou d'un établissement hospitalier, feraient désormais l'objet d'une compensation *via* la solidarité nationale.

L'article débute par une affirmation selon laquelle « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » ; ainsi le législateur prend le contre-pied du principe inspirant, ou plutôt censé être le fondement de la jurisprudence *Perruche*. Il dispose ensuite que la responsabilité du praticien ou de l'établissement de santé ne pourra être recherchée qu'en cas de faute caractérisée, et au titre du « seul préjudice » des parents. Enfin il traite des « charges particulières » découlant du handicap de l'enfant, élément que le législateur exclut expressément du préjudice des parents, ce qui met à bas la jurisprudence *Quarez*. Il l'exclut aussi implicitement du préjudice de l'enfant : en réalité l'existence même d'un préjudice propre à l'enfant s'était trouvée niée deux alinéas plus haut, lorsque le législateur avait énoncé le principe réputé contraire à celui qui sous-tendait la jurisprudence *Perruche*, en posant la règle selon laquelle le fait de naître handicapé n'est par lui-même constitutif d'aucun préjudice. En résumé, le législateur a rompu le lien direct qui existait entre, d'une part, l'erreur fautive de diagnostic prénatal n'ayant pas permis de déceler le handicap et, d'autre part, soit le préjudice des parents (hypothèse *Quarez*) soit celui de l'enfant (hypothèse *Perruche*).

La loi ne va pas jusqu'à dire que ces charges particulières, qui cessent du même coup d'être un élément de la réparation due par le praticien ou l'établissement de santé, seront à la charge unique et exclusive de la famille de l'enfant. Il est écrit de manière laconique que ces charges particulières font l'objet d'une compensation au titre de la solidarité nationale. Cette notion se distingue fondamentalement de celle d'indemnisation, d'abord en tant que la compensation se trouve expurgée de toute idée de faute mais aussi en tant qu'elle peut n'être que forfaitaire, alors qu'en droit de la responsabilité l'indemnisation a en principe vocation à réparer la totalité du préjudice.

L'article 1er ne met en place aucune disposition transitoire et s'applique immédiatement y compris « aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ». Cet article, du fait de son application immédiate, a soulevé des questions qui ont donné lieu à un avis *M. et Mme Draon* (CE 6 décembre 2002, Lebon p. 423 ; AJDA 2003, p. 283, chron. F. Donnat et D. Casas  ; RFDA 2003, p. 339, note J. Petit ) qui a pris parti sur la compatibilité de l'application de l'article 1er aux instances en cours vis-à-vis des stipulations du I de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1er du 1er protocole additionnel à cette même Convention : la compatibilité avec les obligations conventionnelles pesant sur la France a été affirmée. Sur ce dernier point, l'avis a été contredit par la suite par la Cour européenne des droits de l'homme, saisie par les mêmes requérants : par un arrêt de la Grande Chambre de la Cour, celle-ci a conclu que le législateur français avait porté une atteinte excessive aux droits que les intéressés tiraient des stipulations de l'article 1er, du 1er protocole additionnel (CEDH 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, n°1513/03).

#### L'unification des règles de prescription

Ont été unifiées les règles applicables en matière de prescription des créances résultant de créances nées d'accidents médicaux et hospitaliers (art. L. 1142-38 du code de la santé publique). La situation antérieure présentait une disparité importante difficilement justifiable

aux yeux des patients. Il a donc été décidé d'unifier le régime applicable à ces créances en les assortissant désormais d'une prescription décennale, qu'elles soient détenues sur des personnes privées ou sur des personnes publiques. Du point de vue de celles-ci, cela représente un allongement très important de la durée de prescription - auparavant quadriennale - applicable à leurs dettes contractées à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins. L'allongement est d'autant plus important que la loi a modifié le point de départ du délai qui lui est applicable : est pris en compte désormais non plus la date de la première constatation médicale, mais celle de la consolidation du dommage.

La responsabilité d'un professionnel de santé public ou privé subordonnée à l'existence d'une faute, sauf lorsqu'il fournit un produit de santé

Le législateur de 2002 a adopté des dispositions, désormais codifiées aux articles L. 1142-1 à L. 1142-3 du code de la santé publique, qui redéfinissent en profondeur les conditions auxquelles la mise en oeuvre de la responsabilité d'un professionnel de santé - qu'il s'agisse d'un praticien libéral ou d'un établissement de soins public ou privé - peut être recherchée. La pierre angulaire en est l'exigence d'une faute. Le seul cas dans lequel il est désormais possible de rechercher la responsabilité de ce professionnel en dehors d'une faute est celui où sa responsabilité est mise en cause en sa seule qualité de producteur ou fournisseur d'un produit de santé.

Ceci ne constitue pas une totale innovation, puisque le principe d'une présomption de faute de tout producteur d'un produit défectueux, y compris lorsque ce producteur a respecté les règles de l'art ou obtenu une autorisation administrative, a été posé dès une loi du 19 mai 1998.

Ainsi, en ce cas, le professionnel de santé n'intervient pas comme auteur d'un diagnostic ou dispensateur d'un traitement mais comme le fournisseur au patient d'un produit dont il doit répondre au regard de sa solidité, de sa fiabilité, etc. L'idée sous-jacente est que le professionnel de santé, s'il ne produit pas lui-même le bien ou le produit qu'il délivre au patient, doit bien choisir ses propres fournisseurs et faire tous les essais et vérifications préalables. Si le bien ou le produit est défectueux, il engage même sans aucune faute de sa part sa responsabilité vis-à-vis du patient, même s'il pourra toujours exercer une action récursoire contre son propre fournisseur ou l'appeler en garantie (CE 9 juillet 2003 *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk*, Lebon p. 338  ; AJDA 2003, p. 1946, note M. Deguerge ).

La loi a prévu que les affections nosocomiales les moins invalidantes, dont il résulte un taux d'incapacité permanente partielle (IPP) inférieur à 25 %, engageraient la responsabilité des établissements et services de santé, publics ou privés, à moins qu'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère : c'est donc un mécanisme de faute présumée qui prévaut, à l'exception notable des praticiens libéraux qui ne peuvent plus voir leur responsabilité recherchée en conséquence d'affections nosocomiales qui auraient, par exemple, été contractées dans leur cabinet.

La conséquence de cette exigence de faute est que le législateur a implicitement mis un terme aux possibilités reconnues antérieurement par le juge administratif de rechercher la responsabilité d'un établissement hospitalier public en dehors de toute faute.

L'aménagement de l'obligation d'information pesant sur les professionnels de santé

Le législateur de 2002 a consacré, en l'aménageant toutefois, l'obligation d'information des patients quant aux risques que tel ou tel acte de diagnostic ou de soins est susceptible de leur faire courir, obligation posée par la jurisprudence dans les conditions qui ont été décrites :

- elle la consacre en indiquant que le praticien rapporte la preuve de ce qu'il a effectivement délivré l'information dans des conditions permettant au patient de disposer d'un temps de réflexion suffisant avant d'accepter les soins ;

- elle l'aménage en dispensant le praticien de donner des informations sur les risques exceptionnels et en l'obligeant à informer son malade des « risques fréquents ou graves

normalement prévisibles ».

Généralisation de l'obligation d'assurance des professionnels de santé et règlement amiable des dommages

Par un article ultérieurement codifié à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, la loi du 4 mars 2002 a généralisé une obligation d'assurance pesant sur tous les professionnels de santé, publics ou privés, une dérogation n'étant ouverte, par arrêté ministériel, qu'aux établissements publics justifiant de ressources leur permettant de s'instituer comme étant leur propre assureur. Il est prévu que les contrats ainsi conclus par les professionnels peuvent comporter des plafonds de garantie. Pour ne pas susciter une désaffection massive des compagnies d'assurance vis-à-vis de ce marché, la loi du 30 décembre 2002 a supprimé la « base fait générateur », système selon lequel l'assureur est celui dont le contrat était en vigueur lors de la survenance du fait générateur du dommage, par la « base réclamation », la différence étant qu'alors l'assureur concerné est celui dont le contrat était en vigueur à la date de la réclamation.

Les articles L. 1142-4 et suivants ont codifié les dispositions de la loi du 4 mars 2002 instituant un mécanisme de règlement amiable destiné à faciliter le règlement des indemnités réclamées par les personnes fondées à rechercher la responsabilité d'un professionnel de santé, responsabilité canalisée sur son assureur. Les chevilles ouvrières essentielles de cette procédure sont des « commissions régionales de conciliation et d'indemnisation ». La loi a prévu des dispositions précises et contraignantes détaillant toutes les obligations pesant sur les assureurs pour faire des offres d'indemnisation ou exposer les raisons de leur refus de soumettre une offre, ainsi que les calendriers devant être respectés à cette fin.

La responsabilité relayée par la solidarité : la création de l'ONIAM

L'une des innovations importantes de la loi du 4 mars 2002 est la création d'un Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM). Cet établissement public, financé par l'assurance maladie et inspiré d'exemples étrangers, est désormais la plaque tournante de tout le dispositif national d'indemnisation des accidents médicaux.

L'une des missions centrales de l'ONIAM est d'assurer l'indemnisation des personnes qui ont été victimes d'accidents médicaux ou thérapeutiques qui, par le fait du législateur, ne relèvent pas de la responsabilité des professionnels de santé et pour lesquels la loi a prévu qu'une compensation leur est due au titre de la solidarité nationale.

Tel est le cas pour les affections nosocomiales, la seule condition étant alors que le taux d'IPP qui en résulte excède 25 %.

Les conditions posées pour la réparation des dommages résultant d'aléas thérapeutiques ou d'affections iatrogènes sont plus nombreuses :

- les préjudices doivent être directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins ;
- ils doivent avoir pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci ;
- ils doivent présenter un caractère de gravité apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle ;
- le taux d'IPP doit être supérieur à un taux fixé à 25 %.

Toutefois, le rôle de l'ONIAM est défini de manière étendue et fait de lui bien davantage qu'un simple gestionnaire de crédits destinés à indemniser les accidents médicaux. Il incombe en effet à l'ONIAM notamment de réunir des données statistiques à caractère médical et

économique dans son champ de compétence - données qui faisaient jusque-là cruellement défaut - mais aussi de se livrer à des comparaisons entre les échelles d'évaluation adoptées par les juridictions fixant les indemnisations, collecte comparative de données ayant débouché sur un « référentiel » adopté en janvier 2005 par l'Office. Cet outil non contraignant est destiné à permettre à l'Office lui-même et à tous ceux qui sont appelés à évaluer et quantifier financièrement des dommages - assureurs, membres des commissions de conciliation, juges - de décider en pleine connaissance de cause. La mise en place de ce référentiel répond à la préoccupation légitime de rationalisation et de transparence, afin d'éviter que la réalisation d'un dommage de même ampleur sur la santé et les capacités d'une personne donne lieu à des indemnisations notoirement divergentes selon la juridiction saisie, la région où le litige est jugé. Ceci est d'autant plus utile que l'évaluation du préjudice est une question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, et qui de ce simple fait offre peu ou pas de prise à un contrôle relevant du juge de cassation, qu'il soit judiciaire ou administratif.

\*\*\*

Au moins deux conclusions se dessinent au terme de ce tour d'horizon.

La première tient à ce que, depuis une vingtaine d'années, le droit de la santé s'est considérablement étoffé, par un dialogue somme toute fécond entre les juges et le législateur. L'exigence dominante de la société en faveur d'une meilleure couverture des risques médicaux a conduit la jurisprudence administrative comme judiciaire à chercher des solutions novatrices. Celles-ci ont fait mûrir les concepts et avancer la réflexion. Par exemple, la construction jurisprudentielle sur l'aléa thérapeutique a joué un rôle de précurseur d'une évolution vers la socialisation de risques ne pouvant être assumés par les victimes et très difficilement par les professionnels de santé. Le législateur a été ainsi conduit à ouvrir le débat soit pour consacrer, soit - plus rarement - pour écarter les options retenues par les juges. Ceux-ci ont eu en tout état de cause le mérite de faire progresser les idées.

La deuxième tient à ce que la mise en place des lois de 2002 semble avoir permis d'atteindre entre responsabilité, assurance et solidarité un point d'équilibre reflétant un certain consensus social. Les polémiques se sont tues, les débats se sont apaisés. Cet équilibre est toutefois bien fragile. Il n'a pas permis d'empêcher une hausse préoccupante des primes d'assurance pesant sur certaines professions de santé - par exemple environ 15 000 euros par an pour un gynécologue obstétricien - ce qui risque fort à terme de soulever la question de l'attractivité pour les jeunes médecins de diverses spécialités exposées. Enfin, le dispositif mis en place depuis 2002 s'inscrit dans le contexte d'une forte dégradation des comptes de l'assurance maladie : toute socialisation du risque porte en elle-même un germe de déresponsabilisation des patients et des professionnels. Tous les acteurs du système ne peuvent qu'être appelés à la mesure et à la vigilance.

**Mots clés :**

RESPONSABILITE \* Responsabilité pour faute \* Faute simple \* Faute lourde \* Responsabilité médicale \* Responsabilité sans faute \* Accident médical \* Egalité devant les charges publiques