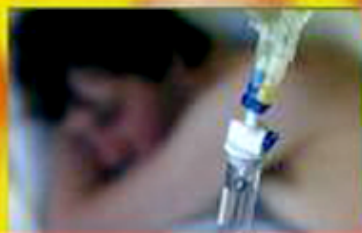


Michel Bernard

160 questions en responsabilité médicale

Aspects pratiques et fondamentaux

2^e édition



- Secret médical
- Dossier médical
- Responsabilités et fautes
- Expertise
- Information et consentement
- Indemnisation
- Refus de soins



 MASSON

160 questions en responsabilité médicale

Aspects pratiques et fondamentaux

Chez le même éditeur

Dans la même collection :

300 médicaments injectables, par G. Chevrel et V. Dessus, 2009, 592 pages.

51 ordonnances alimentaires, par L. Chevallier, 2009, 272 pages.

120 diagnostics à ne pas manquer, par É. Vidal-Cathala et C. Terlaud, 2^e édition, 2009, 448 pages.

140 ordonnances en homéopathie, par A. Sarembaud, 2008, 304 pages.

250 examens de laboratoire, par R. Caquet, 10^e édition, 2008, 420 pages.

80 certificats et formulaires administratifs médicaux, par M.-C. Roure-Mariotti, V. Federico-Roure, 3^e édition, 2007, 448 pages.

80 gestes techniques en médecine générale, par B. Gay, P. Saccone et A. Valverde-Carrillo, 2006, 336 pages.

101 urgences pédiatriques, par J. Lavaud, 2^e édition, 2006, 464 pages.

Autres ouvrages :

L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, par J. Hureau et D.-G. Poitout, 3^e édition, 2010, 552 pages.

Médecine et risque au travail. Guide du médecin en milieu de travail, par P. Catilina, 2009, 784 pages.

160 questions en responsabilité médicale

Michel Bernard

Expert près la Cour d'Appel de Paris et
les Cours Administratives d'Appel de Paris et Versailles
Chargé de cours à la Faculté de Médecine de Paris
et à la Faculté libre de Droit de Lille

2^e édition



**ELSEVIER
MASSON**



Ce logo a pour objet d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans le domaine universitaire, le développement massif du « photo-copillage ». Cette pratique qui s'est généralisée, notamment dans les établissements d'enseignement, provoque une baisse brutale des achats de livres, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que la reproduction et la vente sans autorisation, ainsi que le recel, sont passibles de poursuites. Les demandes d'autorisation de photocopier doivent être adressées à l'éditeur ou au Centre français d'exploitation du droit de copie : 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris. Tél. 01 44 07 47 70.

Avertissement

L'auteur ne saurait être tenu responsable d'une quelconque conséquence dommageable relative à l'application du contenu de cet ouvrage.

Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés, réservés pour tous pays.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans le présent ouvrage, faite sans l'autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective et, d'autre part, les courtes citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées (art. L. 122-4, L. 122-5 et L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle).

© 2010, Elsevier Masson SAS. Tous droits réservés
ISBN : 978-2-294-70887-9

Elsevier Masson SAS, 62, rue Camille-Desmoulins, 92442 Issy-les-Moulineaux cedex
www.elsevier-masson.fr

À Oana,
À Charles, Clarisse et Alexandre,

Avec ma profonde affection



Remerciements

À M. le Président Michel Anquetil, Président de chambre à la Cour d'Appel de Paris, et,

À Maître Jean Castelain, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris,

qui m'ont fait le grand honneur de bien vouloir préfacer chacun une des éditions de cet ouvrage en y apportant l'un et l'autre leur vision du droit et de la responsabilité médicale.

À ceux qui ont bien voulu apporter un œil critique sur les erreurs et insuffisances de la première version, permettant évolutions et corrections sur cette deuxième édition,

À Tarik Oulehri et à son équipe chez Elsevier Masson,

À mes collègues experts, avec qui cette lourde tâche devient bien souvent un plaisir.

À tous, un immense merci.

Préface

Le succès de librairie n'est jamais un hasard.

Publiées voici trois ans à peine, les « 120 questions en responsabilité médicale » sont devenues... 160 !

Cette augmentation du tiers correspond à un besoin, celui, irrépressible, de toujours savoir ou plus exactement de mieux savoir dans notre société où la règle de droit est si constamment présente.

Sous forme de questions/réponses, aussi concrètes que pratiques, avec deci-delà des addendas « Pour en savoir plus », le docteur Bernard nous rend intelligibles ces F.A.Q., ces interrogations qui viennent à l'esprit quand le patient, sa famille, ses proches ou le médecin s'interrogent quant à la responsabilité médicale. Que peut-il se passer ? Que s'est-il passé ? Que va-t-il se passer ?

Ces questions sont légitimes d'abord pour les patients. Le patient ne sait pas. Dans la relation qu'il entretient avec le médecin, ce dernier a le savoir, la connaissance, l'expertise. Il maîtrise son art. Le patient est en situation d'infériorité car le plus souvent, il ignore tout de ce que sait le médecin. Mais le patient est aussi en infériorité juridique. Il ne sait pas de quelle nature juridique est la relation qu'il entretient avec son médecin. Il ne sait pas plus quelles sont les obligations de ce dernier à son égard. Or, le patient a le droit de savoir pour comprendre.

Le monde juridique, comme le monde médical, a son langage propre. Chaque mot, pour un juriste, est chargé de sens. Et le sens débouche sur une règle, une norme, un principe juridique... Mais ces questions sont aussi légitimes pour le médecin qui, face au monde juridique, n'est souvent guère mieux informé que son patient. Certes, il a reçu une formation. Certes, il reçoit des informations.

Mais entre la lecture souvent aride des dépêches juridiques et l'évolution des textes de la jurisprudence, dont l'importance est caractéristique de notre époque, il peut arriver qu'on s'égare.

Le livre du docteur Bernard sera ici d'un grand secours.

Que dire ? Que ne pas dire ? Que doit-on dire ? À qui le dire ?

Ces questions lancinantes trouvent ici réponse précise et documentée. Mais elles sont entourées des interrogations plus fondamentales, celles des règles éthiques et déontologiques. Ces règles ont un double objet.

Pour le praticien, elles sont la marque de sa profession car elles sont consubstantielles à celui qui exerce. Pour le patient, elles sont une garantie, une garantie qui fonde la confiance absolue qu'il peut avoir envers celui qui le soigne.

Juridiquement, le médecin doit donner des soins, non pas quelconques mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. Il en est responsable, c'est-à-dire que, s'il cause un dommage par sa faute, il doit réparer celui-ci.

Faute, dommage, causalité, voici les trois éléments que le juge et, si nécessaire, l'expert (mais quelle matière nécessite plus l'intervention de l'expert pour éclairer le juge ?), vont avoir à apprécier.

Ici encore, l'ouvrage du docteur Bernard est éclairant : qu'est-ce que la « faute d'humanisme » ? La faute de la victime ? La faute technique ?

Chacun trouvera la réponse documentée à ces questions.

Mais il serait rapide de ne considérer cet ouvrage que comme un abrégé de ce qu'il faut savoir, un memento pour étudiant angoissé l'avant-veille de l'examen. Il aborde des questions délicates, notamment celle du secret médical. Le secret médical est, comme tout secret professionnel, particulièrement délicat à manier dans un monde où la transparence devient la règle.

Comme le secret professionnel de l'avocat, le secret professionnel du médecin est absolu et il n'appartient à personne de l'en affranchir. Ce secret n'est pas un privilège corporatif. Il a une fonction sociale : c'est l'intérêt de la société de permettre que celui qui se confie le fasse dans la sérénité. Ce qu'il dit ne peut être révélé. Mais le secret souffre des exceptions dans l'intérêt du patient lui-même ou de la santé publique.

Le docteur Bernard en décrit la liste et en analyse la cause pour souligner justement que les dérogations au secret sont nécessairement d'interprétation stricte.

Cet ouvrage se lit d'un trait ou se délecte question par question.

Mais, à la fin de sa lecture, plusieurs réflexions viennent à l'esprit.

C'est d'abord la confiance qui semble cardinale. Le patient se fie au médecin. Il est serein. C'est essentiel. La médecine moderne, au sens juridique du terme si l'on peut écrire ainsi, est celle dans laquelle le médecin explique, conseille, argumente et finalement éclaire le consentement du patient. Celui-ci ne subit plus, il sait, il consent. Sur le chemin de l'incertitude et de l'aléa où la médecine a fait tant d'immenses progrès, l'accompagnement intellectuel du patient est la cause de cette confiance devenue rationnelle.

C'est ensuite le droit de savoir. Le malade a le droit de connaître son état de santé. Il peut dire à qui le médecin doit l'expliquer. Ce droit correspond à un principe de réalité. La question n'est plus du domaine de l'intime du médecin qui arbitre ce qu'il doit ou non délivrer comme information. La vérité doit être dite.

C'est aussi le maintien de la faute personnelle comme condition de la responsabilité. On est là dans le droit civil le plus pur, celui du début du 19^e siècle. Il n'y a de responsabilité que s'il y a un fait fautif. Le médecin est solidaire de ses actes.

C'est enfin la grande humanité des principes guidant la vie professionnelle du médecin. Car on voit bien l'immense difficulté à affronter la détresse de l'homme face à la maladie. C'est l'honneur de la profession médicale que de répondre scientifiquement et humainement à cette détresse insondable de celui ou celle qui ne sait pas pourquoi son corps ne répond plus.

Fils d'avocat, frère d'avocat, le docteur Bernard, génétiquement juriste, intellectuellement médecin et expert judiciaire reconnu, nous éclaire sur cette part d'humanité encore plus nécessaire quand elle rencontre le droit dans la revendication.

Ce rai de lumière illumine cet ouvrage.

Jean Castelain
Bâtonnier du Barreau de Paris

Préface à la première édition

Nos sociétés occidentales subissent depuis plus d'un siècle deux évolutions majeures, qui s'accroissent sans cesse et qui sont étroitement liées : d'une part, le formidable progrès des connaissances scientifiques et des possibilités techniques, qui fondent les espérances les plus fortes, d'autre part, la quête permanente, voire tourmentée d'une qualité et d'une maîtrise de la vie humaine toujours meilleure.

Le progrès technique a pour rançon la complexité toujours croissante du quotidien, notamment professionnel, avec ses exigences de précision dans le temps et dans l'espace (être disponible au bon moment et au bon endroit) et de mise en œuvre parfaite des processus de fonctionnement, car la défaillance dans le moindre détail, par une cascade d'effets causaux irrépressibles, perturbe, souvent hors de proportion, le résultat final, ou même aboutit parfois à un effet catastrophique. Le corollaire, c'est le stress des opérateurs, et parfois, dans un vrai réflexe de survie, leur tentation d'esquiver et d'échapper à ce réseau de devoirs, leur tentation de l'innocence.

Par ailleurs, le refus des aléas de la destinée, l'exigence illusoire d'un droit au bonheur, le refus des hiérarchies sociales, le consumérisme, l'absence de références religieuses ou même métaphysiques sont le cortège de cette recherche par nos contemporains d'une qualité de vie « réussie »... qui a pour filles la crainte de l'échec social, l'envie et la revendication, la tentation de la victimisation : le « coup du sort », l'accident malheureux, fait scandale et constitue la pierre d'achoppement sur laquelle toutes les espérances s'effondrent ; le malchanceux est une victime, la victime un martyr. Nos sociétés sont obsédées par leurs victimes.

Le droit est le reflet du social : c'est donc sur ce tableau de fond que le **droit de la responsabilité** évolue et s'adapte, au fil des multiples décisions jurisprudentielles ou par interventions législatives successives.

Les fondements de la responsabilité civile se sont élargis : dès la fin du XIX^e siècle, le développement du machinisme avait donné à la responsabilité civile du fait des choses un développement majeur, mais elle rebondit et se rénove avec la nouvelle responsabilité du fait des produits fabriqués. Depuis plusieurs décennies, c'est la responsabilité professionnelle, pour toutes les professions, qui connaît un développement sans pareil.

Le nombre des infractions pénales donne le vertige. L'indemnisation du préjudice devient exponentielle, au grand dam des assureurs dans un premier temps, puis des cotisants dans un second, car il faut bien un payeur final ! L'indemnisation du préjudice corporel s'est particulièrement complexifiée, enrichie d'un éventail de « chefs de préjudice » qui laisse perplexe.

Enfin, le contentieux explose : la judiciarisation de nos sociétés est également un constat majeur de notre époque, et la création importante de procédures de médiation, de conciliation, ou de fonds divers d'indemnisation ne fait bien souvent qu'y ajouter sans beaucoup retrancher.

Peut-on encore garder raison ? Oui, mais sans doute faut-il se rappeler tout d'abord qu'être responsable, c'est « répondre » de soi à qui vous interpelle (la société, ses pairs, ses clients...), répondre de son comportement, c'est-à-dire de sa faute ou des risques créés de son fait. Hors la responsabilité disciplinaire qui concerne la déontologie d'une profession, la *summa divisio* dans le domaine de la responsabilité est la distinction entre responsabilité pénale et responsabilité civile.

La **responsabilité pénale** a pour objectif de réprimer un comportement déstabilisant ou dangereux pour l'ordre social établi, violant les valeurs fondamentales de la société. C'est l'auteur du comportement répréhensible qui est central ; c'est une responsabilité « lourde » qui ne doit être mise en œuvre qu'à bon escient, pour les cas les plus graves qui invitent à sévir. L'émotion en la matière n'est jamais la voie de la sagesse. Aussi est-il toujours regrettable de voir le législateur instituer de nouvelles infractions, ou aggraver les pénalités, sous la pression d'une opinion sous le coup de tel ou tel fait divers médiatisé. De même, si le fait générateur du dommage ne le justifie pas, est-il regrettable qu'une victime utilise la voie pénale, même à des fins légitimes, par exemple la recherche de preuves, plus facile et moins onéreuse que dans le cadre d'autres procédures (mais c'est une question délicate qui mériterait plus ample discussion) ; *a fortiori*, la recherche d'une vindicte outrancière, orchestrée par une médiatisation habile.

La **responsabilité civile** (ou la responsabilité administrative dans le cadre des procédures « de plein contentieux », lorsque l'administration est en cause) a pour objectif de réparer le dommage. C'est donc la victime et la réparation du dommage qui sont, cette fois, au cœur du procès : il s'agit d'arbitrer sur qui il est (le plus) juste de faire peser la charge de cette réparation. Pour cela, le raisonnement procède en plusieurs temps : préciser les obligations juridiques auxquelles sont tenus tous les acteurs (victime comprise) ayant concouru au dommage constaté, puis rechercher les défaillances de toutes sortes ayant eu un rôle causal, enfin condamner les auteurs de ces « fautes » (fussent-elles ténues) à réparer à proportion le dommage, dûment circonscrit.

Les obligations juridiques au fondement de la responsabilité civile sont de deux grands types : l'obligation « de moyens », qui oblige à « tout mettre en œuvre pour parvenir » à un objectif légal ou contractuel, qui peut rester cependant hors d'atteinte, et l'obligation « de résultat », qui oblige « à parvenir » à cet objectif légal ou contractuel. La différence entre ces deux types d'obligation est, à vrai dire, moins leur intensité, car « tout mettre en œuvre » peut être extrêmement exigeant, que leur contenu : dans la seconde, l'objectif doit être atteint effectivement. Surtout la position procédurale de la victime et des acteurs poursuivis s'en trouve affectée : si l'obligation est « de moyens », c'est en général à la victime de prouver la faute, c'est-à-dire que l'obligé n'a pas « tout » mis en œuvre pour parvenir au but ; à défaut de cette preuve, elle conservera la charge du dommage ; si au contraire l'obligation est « de résultat », c'est à l'obligé de s'exonérer en prouvant l'intervention d'une cause étrangère, preuve difficile, de sorte qu'il risque fort de supporter la charge de l'indemnisation.

La **responsabilité médicale** s'inscrit totalement dans ce contexte idéologique et juridique. Le corps médical peut céder parfois à la tentation de l'innocence... mais il est évident aussi que le champ médical est un lieu de victimisation par

excellence. Comment en effet, dans un contexte de « progrès de la médecine » chaque jour répété, de « droit à la santé » toujours plus revendiqué, ne pas être scandalisé si les soins demandés au(x) médecin(s) se transforment en maladie nouvelle, handicap aggravé, péril mortel ! Plus que pour toute autre profession, les enjeux sont extrêmes, les passions exacerbées : car ce corps, nouvelle idole de l'homme comme de la femme, est atteint par celui-là même à qui il était confié. Trahison ! Il n'est pas étonnant que le contentieux médical, par son accroissement comme par l'évolution de son traitement juridique, soit un contentieux phare de notre époque. Il semble pourtant que persiste une certaine sagesse, nonobstant les pressions exercées par l'opinion publique relayées par les médias, ou au contraire par les protestations parfois véhémentes du corps médical ou de ses assureurs !

La **responsabilité pénale** des médecins reste relativement peu mise en œuvre, même si elle l'est sans doute encore trop, au regard de sa finalité. En particulier, les constitutions de partie civile, autrefois motivées par le désir de faire saisir le dossier médical dont la communication était systématiquement refusée, sont devenues inutiles depuis que cette communication est devenue un droit... quasiment effectif. Sans modifier abusivement les textes pénaux, il faut veiller à ce que la voie pénale reste exceptionnelle, justifiée par la répression de comportements professionnels véritablement inacceptables, heureusement exceptionnels. Des rapports peut-être plus assidus entre médias et monde de la santé permettraient d'éviter le soutien d'affaires purement vindicatives.

La **responsabilité civile** des médecins présente un paysage plus difficile à cerner. D'une part parce que l'histoire française a conduit à institutionnaliser un double ordre de juridictions, de sorte que le contentieux médical de la réparation se trouve partagé entre les juridictions judiciaires, pour les médecins exerçant dans le secteur libéral, et les juridictions administratives, pour les médecins exerçant en secteur public. Cela ne facilite pas l'unité de vue ! D'autre part, et c'est plus conjoncturel, le législateur est récemment intervenu par la loi du 4 mars 2002, mais les nouvelles dispositions relatives à la responsabilité médicale civile ne sont applicables qu'aux actes de prévention, de diagnostic ou de soins réalisés après le 5 septembre 2001 : la jurisprudence antérieure préside donc toujours au règlement des instances relatives aux faits antérieurs à cette date. Or comme les procès en responsabilité médicale sont particulièrement longs, souvent de l'ordre d'une dizaine d'années (du fait de la nécessité d'attendre la date de consolidation de la victime pour engager utilement l'action, des délais d'expertise, des tentatives transactionnelles avec les assureurs, des délais proprement judiciaires), la nouvelle loi s'applique encore peu devant les juridictions ! Cependant cette loi n'a pas révolutionné la matière, et les principes essentiels de la matière demeurent. Quels sont-ils ?

L'obligation **principale** qui pèse sur le médecin est une obligation de « moyens » et non de « résultat ». Il a toujours été tenu compte de la difficulté propre de l'art médical, et bien évidemment il n'a jamais été question d'obliger le médecin à obtenir la guérison de son patient. Le médecin doit donner des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science à la date des soins (formulation jurisprudentielle datant de 1936). Les nouvelles dispositions législatives envisagent le point de

vue du patient, mais cela revient au même : toute personne a 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 (art. L.1110-5 CSP). Autrement dit, le médecin a l'obligation de faire tout son possible, conformément aux données acquises de la science, pour obtenir la guérison du malade, mais sans être tenu d'obtenir cette guérison. C'est une obligation, ne nous y trompons pas, exigeante, et le médecin supporte la charge de la réparation du dommage chaque fois qu'il est pris en défaut de disponibilité, de prudence et surtout d'application des données acquises de la science. Mais cette obligation ne participe-t-elle pas à l'honneur même du corps médical ?

La jurisprudence a complété plus récemment cette obligation principale par **deux autres obligations**, qui semblent avoir troublé profondément le corps médical, alors qu'elles ne font qu'adapter le contrat médical aux grandes évolutions du droit contractuel.

Tout d'abord le médecin (comme tout professionnel à l'égard d'un client non professionnel) doit **informer le patient**, complètement et sauf cas particuliers précis, sur les risques générés par les soins envisagés. La relation entre le patient et son médecin a évolué, et le paternalisme protecteur, autoritaire et secret, ne sont plus acceptés par les patients, eux-mêmes pris dans un réseau de responsabilités qui les obligent à davantage prévoir leur indisponibilité professionnelle, et sans doute mieux formés à décider de leur sort. Les rapports sociaux ne sont plus d'autorité mais de conseil. La jurisprudence n'a fait qu'en prendre acte. Le législateur a entériné, en adoptant une formulation de l'information à transmettre moins abrupte (« risques fréquents et graves ») que celle retenue par la Cour de cassation (« tous les risques y compris exceptionnels ») ; gageons que cela ne changera pas grand-chose en pratique. Reste la question de la charge de la preuve, qui irrite les médecins. Leur agacement est légitime s'il porte sur l'application immédiate de la règle jurisprudentielle, qui les a pris par surprise compte tenu du temps écoulé entre la date du contrat et celle du jugement. Mais, au plan du principe, qui d'autre que le médecin lui-même peut prouver qu'il s'est bien acquitté de l'information due, cette preuve se faisant par tous moyens ?

L'autre obligation est liée à la **sécurité des lieux et instruments médicaux au regard des infections nosocomiales et à la sécurité des produits utilisés**. Là encore ce n'est pas l'art médical à proprement parler qui est en cause. Mais, comme pour tous les autres professionnels, se pose la question des risques accessoires à l'activité professionnelle en cause. Faut-il laisser la victime seule et désarmée face à une série de causalités souvent difficiles à préciser, ou faire assumer ce risque par le médecin, en réalité son assureur, qui bénéficie en tout état de cause d'un recours contre le « vrai » responsable ? La jurisprudence a défini une obligation « de résultat », obligeant le médecin à une sécurité effective quant à l'hygiène et quant à la qualité des produits utilisés. Cette jurisprudence a eu, reconnaissons-le, le mérite de rendre urgente la lutte contre les infections nosocomiales, avec le succès réel que l'on sait. Elle était, sans doute aucun, sévère à l'égard du corps médical, reconnaissons-le aussi. Le législateur dans sa sagesse a tenté un nouvel équilibre, dont l'avenir dira s'il est satisfaisant.

La responsabilité médicale, dans un contexte social exigeant, a gardé un relatif équilibre, tout en s'adaptant aux grandes évolutions de la responsabilité professionnelle. Mais elle peut paraître bien arbitraire aux médecins concernés, faute d'une information suffisante.

L'auteur du présent ouvrage n'a pas la prétention d'avoir rédigé un traité complet du droit de la responsabilité médicale pour juristes avertis ! C'est un médecin qui s'adresse à ses confrères en termes simples mais en s'appuyant sur une documentation juridique solide, sous la forme inédite de questions-réponses, pour qu'ils sachent comment leur responsabilité peut être engagée, en l'état actuel du droit. Il s'agit bien de les « apprivoiser » au droit de la responsabilité médicale, pour qu'ils acquièrent les bons réflexes de nature à leur éviter des contentieux inutiles, et qu'ils ne soient pas effrayés par leurs obligations, sans en sous-estimer pour autant la portée.

Encore faut-il ajouter que la règle de droit, écrite ou jurisprudentielle, est une chose, sa mise en œuvre dans le cadre juridictionnel une autre. Un procès est toujours unique, spécifique. La réunion des preuves et leur discussion contradictoire est un moment essentiel. Le juge n'est qu'un arbitre entre les prétentions des parties, et la solution du litige est tributaire de la qualité des preuves et de leur mise en valeur par chacune des parties. La qualité du dossier médical initial, l'expertise médicale et la discussion médicale qui se noue devant l'expert ont une portée capitale. Enfin la qualité de la « reprise » de ces éléments de faits et de leur confrontation à la règle de droit dans les « écritures des avocats des parties » est déterminante. L'auteur apporte également sur ce terrain des informations précieuses, en dégageant notamment les enjeux de l'expertise médicale.

Cet ouvrage devrait donc rendre un service éminent au corps médical. C'est un travail d'information et de formation, sous la forme inédite de questions-réponses, adaptée à son public. Gageons qu'il deviendra un classique incontournable...

Michel Anquetil
Président de chambre à la cour d'appel de Paris

Avant-propos

Les rapports entre médecins et patients ont longtemps été déferents, distants, méfiants ou respectueux.

Même si ces contacts sont aujourd'hui le plus souvent agréables et constructifs, ils sont hélas souvent parfois aussi mus par une tendance nette à la contestation, voire à la réclamation, avec souvent une radicalisation des demandes, probablement du fait de l'exemple d'outre-Atlantique. Les progrès fulgurants de la médecine et de la chirurgie ces dernières décennies sont peut-être aussi la cause de cet emballement de nos « contradicteurs », qui finissent – position flatteuse pour nous mais ô combien dangereuse finalement – par considérer que le corps médical peut tout tant il en fait déjà, et que si la perfection (à définir !) n'est pas à l'arrivée, c'est certainement qu'il y a eu faute. Alors, c'est le fantasme d'une société du mieux et du parfait, sans ride et sans erreur, sans maladie, et sans mort.

Or, la maladie et la mort semblent hélas inéluctables, et le médecin n'a pas forcément commis de faute quand apparaît un dommage créant préjudice, voire décès. L'exigence actuelle, médiatique tout comme jurisprudentielle, tend à nous pousser vers une obligation de résultat, alors que notre obligation réelle – à de rares exceptions près – est une obligation de moyens, déjà suffisamment complexe, principe régulièrement rappelé par la Cour suprême.

Le risque est à la multiplication des actions, des démarches, des revendications, de sorte que le médecin, faute d'avoir reçu une réelle formation en ce sens, pourra se retrouver dans des situations délicates dont il ne connaît pas les rouages.

Les actions pénales sont en augmentation, pour de multiples raisons, et par ailleurs on assiste à un important développement des saisines des CRCI (commissions régionales de conciliation et d'indemnisation), tant pour les conciliations que pour les indemnisations.

Par ailleurs, certains motifs juridiques de mise en cause ou de condamnation restent pour le moins étonnants, tels la « présomption de faute » ou – *a fortiori* – la « responsabilité sans faute ».

Comme on le voit, les situations sont nombreuses où notre responsabilité peut être engagée ou du moins recherchée, et les possibilités offertes à nos contradicteurs pour y parvenir étendues.

La législation et la jurisprudence en matière médicale ont largement suivi l'exemple de la médecine elle-même, en évoluant de façon tout à fait spectaculaire depuis une quinzaine d'années :

■ en matière civile, concernant :

- l'aléa ;
- l'information et ses obligations ;
- la responsabilité sans faute ;
- la présomption de responsabilité ;
- les éléments jurisprudentiels fondamentaux concernant l'infection nosocomiale ;
- les droits du malade et de l'accès au dossier ;

- globalement la loi 2002-304 du 4 mars 2002, dite « loi Kouchner », et la loi 2000-1577 du 30 décembre 2002 ;
- les modifications de la loi du 5 mars 2007 concernant les personnes protégées ;
- **en matière administrative**, concernant :
 - la disparition de la « faute lourde » au profit de la notion de « faute » ;
 - la consécration de l'aléa, venant à la rencontre de la jurisprudence judiciaire ;
 - les modifications jurisprudentielles relatives à l'indemnisation de la perte de chance entre 2003 et 2007 ;
- **en matière pénale**, concernant :
 - la loi 2000-516 du 15 juin 2000, dénommée « loi sur la présomption d'innocence » ;
 - la loi 2000-647 du 10 juillet 2000, relative aux délits non intentionnels ;
 - la loi 2004-204 du 3 mars 2004, dite « loi Perben II », et les aspects particuliers de la procédure en matière pénale concernant notamment les saisies de documents ;
 - la loi 2007-291 du 5 mars 2007, concernant notamment l'extension des droits de la défense et l'apparition d'un certain degré de contradictoire dans la procédure pénale, et la mise en cause du principe de primauté systématique du pénal sur le civil, débutée dans la loi du 10 juillet 2000 ;
- **en matière disciplinaire**, avec :
 - la dernière publication du Code de déontologie, la version de 1995 ayant été actualisée le 14 décembre 2006 sous la référence L.4127-1 à 112 ;
 - les nouveaux éléments concernant la permanence des soins.

Il y a lieu en tous cas de réaliser toute l'importance de la révolution apportée par la loi du 4 mars 2002, à laquelle il sera très largement fait allusion dans cet ouvrage, au simple motif que ce texte, complexe et complet, est capital car il va réglementer dans les années à venir les rapports juridiques entre patients et médecins dans les très nombreux domaines qu'il explore.

Cet ouvrage se veut un manuel pratique, non un précis. Pour cette nouvelle édition 2010, il a été mis à jour, refondu, augmenté d'une quarantaine de questions.

Le public est large, tout médecin pouvant un jour être inquiété et devant savoir réagir.

Il est fondé sur le principe question-réponse, avec à chaque fois un résumé de quelques lignes pour synthétiser le point abordé.

Les points traités concernent tout ce qui touche à la question de la responsabilité médicale sous ses divers aspects.

Le « droit prétorien » (issu des « prétoires » et relatif aux décisions rendues et donc à la jurisprudence qu'elles constituent) tend à fixer des raisonnements et des principes à partir de faits ponctuels, venant à l'inverse du concept de « droit législatif », dont le but est opposé, partant d'une règle et faisant en sorte de l'appliquer aux cas particuliers. Le justiciable, tout comme le lecteur, devra cependant se garder d'une trop facile extension des aspects jurisprudentiels ponctuels à un

principe ou à une doctrine, une décision de justice concernant par définition un fait précis dans un contexte souvent tout aussi précis et exclusif, et ne pouvant pas systématiquement s'appliquer à la gestion du problème dans son ensemble et dans sa diversité.

C'est toute la différence avec non seulement la vision britannique mais surtout le principe de la *Class Action* en vigueur aux États-Unis.

Le lecteur trouvera dans cet ouvrage la réponse précise à la question qu'il pose, rédigée en une à trois pages en général, afin de rester synthétique. La plupart des points abordés sont accompagnés de références bibliographiques ou jurisprudentielles afin de pouvoir « en savoir plus » sur chaque point, sans toutefois alourdir le propos.

Le lecteur trouvera également dans cet ouvrage :

- une série d'annexes destinées à compléter certains éléments de réponse ;
- une série de tableaux récapitulatifs de notions parfois complexes comme les méandres de l'indemnisation ou certains aspects de la procédure disciplinaire ;
- un lexique des termes juridiques les plus fréquemment utilisés ;
- certains arrêts fondamentaux ;
- et des index, lui permettant de retrouver rapidement les items souhaités, alphabétique et thématique.

Ainsi, il pourra à son gré compléter ses connaissances, entre une simple réponse telle qu'elle est rédigée, et des compléments d'information accessibles, s'il souhaite approfondir la question.

Les textes législatifs, les articles du Code de déontologie médicale et les textes des jugements ou arrêts de cours d'appel, de Conseil d'État ou de Cour de cassation sont référencés.

Les éléments de bibliographie mentionnés à la rubrique « Pour en savoir plus » de chaque point traité ne constituent bien évidemment pas la totalité des références disponibles sur chaque sujet.

Cet ouvrage s'adresse donc :

- aux médecins experts judiciaires, médecins conseils de compagnie d'assurance et médecins de recours ;
- à tout médecin, pouvant un jour être... directement concerné ;
- aux étudiants inscrits aux divers diplômes universitaires de droit médical, d'expertise et d'évaluation du dommage corporel.

Abréviations

ALD	affection longue durée
ANAES	Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé
CA	cour d'appel
CAA	cour administrative d'appel
Cass. civ.	chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	chambre sociale de la Cour de cassation
CC ou C. cass.	Cour de cassation
CC	Code civil
CDM	Code de déontologie médicale
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
Ch.	chambre
CLIN	commission de lutte contre l'infection nosocomiale
CNAM	Caisse nationale d'assurance maladie
CNAM	Commission nationale des accidents médicaux
CPAM	caisse primaire d'assurance maladie
CRAM	caisse régionale d'assurance maladie
CRCI	commission régionale de conciliation et d'indemnisation
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de Sécurité sociale
DDASS	direction départementale des affaires sanitaires et sociales
DRASS	direction régionale des affaires sanitaires et sociales
ETM	exonération du ticket modérateur (« 100 % »)
GAMM	Groupe des assurances mutuelles médicales
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HAS	Haute Autorité de Santé
IPP	incapacité permanente partielle
ITG	interruption thérapeutique de grossesse
ITP	incapacité temporaire partielle
ITT	incapacité temporaire totale
IVG	interruption volontaire de grossesse
JO	Journal officiel
JORF	Journal officiel de la République française
MARC	modes alternatifs de règlement des conflits
MARL	mode alternatif de règlement des litiges
NCP	Nouveau Code pénal
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
NCPP	Nouveau Code de procédure pénale
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux
RAR	recommandé avec accusé de réception
SHAM	Société hospitalière d'assurances mutuelles

TA	tribunal administratif
TASS	tribunal des affaires de Sécurité sociale
TC	tribunal correctionnel
TCI	tribunal du contentieux de l'incapacité
TGI	tribunal de grande instance
TM	ticket modérateur
VIH	virus de l'immunodéficience humaine



Généralités

1	Quels sont les grands principes de l'organisation de la justice en France ?	2
2	Quelles sont les missions de la Cour de cassation ?	6
3	Quelles sont les grandes règles de la responsabilité médicale ?	9
4	Quels sont les apports fondamentaux de la loi du 4 mars 2002 ?	14
5	Comment définir le lien de causalité entre la faute et le dommage ?	20
6	Que faire en cas de conflit avec un patient ?	23
7	Que ne pas faire en cas de conflit avec un patient ?	26
8	Existe-t-il des voies non judiciaires de règlement des conflits ?	27
9	Faut-il souscrire une assurance professionnelle ?	30
10	En quoi le droit médical britannique diffère-t-il du droit médical français ?	32
11	Le droit médical américain est-il si différent du droit français ?	34

Quels sont les grands principes de l'organisation de la justice en France ?

L'organisation de la justice en France est fondée sur la séparation entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative.

En France, le pouvoir est issu du peuple. Les juges ne sont pas les élus du peuple comme notamment aux États-Unis. Ils n'ont donc pas de « pouvoir » mais une « autorité ». On parlera donc d'« autorité judiciaire » ou d'« autorité administrative ».

Autorité judiciaire

L'autorité judiciaire se répartit en deux axes : civil et pénal. Elle est chargée de régler les contentieux intervenant :

- entre deux individus en cas de différend dans l'interprétation des engagements réciproques des parties notamment (droit civil) ;
- ou entre un individu et la société, représentée par le parquet (procureur, avocat général), en cas d'infraction à la réglementation en cours, inscrite dans le Code pénal.

Le premier degré de juridiction existe aussi bien dans les juridictions civiles que pénales ou administratives.

En matière civile

Les tribunaux d'instance représentent le premier niveau de la juridiction dans le premier degré, compétents pour des litiges portant jusqu'à 7 600 € et les questions locatives. Ils rendent des « jugements ».

Les tribunaux de grande instance (TGI) ont une compétence élargie et traitent de tous les dossiers portant sur un montant supérieur à 7 600 €, concernant le droit immobilier, le droit médical, le droit de la construction, le droit de la famille, le droit des contrats, les brevets d'invention, le droit de la propriété. Ils rendent pareillement des « jugements », susceptibles d'appel. Il existe 381 TGI en France, ce nombre devant être diminué du fait de la réforme Dati de 2007-2008.

Il faut mentionner également, comme éléments de la segmentation en droit civil :

- les tribunaux de commerce ;
- les tribunaux des baux ruraux ;
- le conseil des prud'hommes.

Ils sont mentionnés à titre indicatif mais ne feront l'objet d'aucun développement.

Le juge de référés, « juge de l'urgence et de l'évidence », décide d'environ 80 % des demandes d'expertise, par « ordonnance », décision rendue par un juge unique, les autres décisions relevant du juge du fond, qui statue sur le dossier lui-même.

En matière pénale

Il existe trois niveaux relatifs à l'importance des faits reprochés :

- le **tribunal de police** est saisi des infractions « contraventionnelles » (notamment les infractions au code de la route quand elles ne sont pas assorties de circonstances aggravantes). Il peut prononcer des peines d'amende, de suspension de permis de conduire, notamment ;
- le **tribunal correctionnel**, compétent pour juger les infractions « délictuelles » ou délits (escroquerie, détournement de fond, vol, abus de confiance, faux, violences volontaires, blessures et homicide par imprudence, mise en danger de la vie d'autrui, notamment). Il peut prononcer des peines d'amende et des peines de prison, avec ou sans sursis ;
- la **cour d'assises** est concernée par les infractions « criminelles » (attaque à main armée, viol, assassinat, notamment). Elle peut prononcer des peines d'amende et des peines de prison avec ou sans sursis.

Dans le cadre d'une action conjointe civile et pénale, la loi du 10 juillet 2000 (concernant les fautes non intentionnelles) et la loi du 5 mars 2007 (d'une manière plus générale) ont conjointement abrogé de fait le vieil adage selon lequel « **le pénal tient le civil en l'état** », les nouvelles dispositions permettant au juge civil de statuer sans attendre les conclusions du juge pénal, l'indemnisation civile pouvant alors être prononcée même en cas de relaxe de la part du juge pénal.

Autorité administrative

L'autorité administrative est chargée de régler les contentieux entre administrés et administration.

Les tribunaux administratifs, unique juridiction de première instance en matière administrative, traitent les litiges intervenant entre le citoyen et son administration. Leurs délais sont volontiers plus longs que devant la juridiction judiciaire.

Ils sont compétents pour juger des différends entre le justiciable et l'administration, ou entre diverses administrations, ne concernant pas que la matière médicale mais tous les contentieux pouvant apparaître dans ce cadre.

Interjeter appel

Il sera généralement possible d'interjeter appel d'une décision de première instance.

En matière judiciaire (civile ou pénale), l'appel sera interjeté devant l'une des 35 cours d'appel (CA), en matière administrative, il sera interjeté devant l'une des 7 cours administratives d'appel (CAA). La décision rendue par une cour d'appel est un « arrêt ».

Une cour d'appel (judiciaire ou administrative) peut ne pas suivre l'avis de l'expert. Elle devra alors sérieusement motiver ses raisons.

Cour de cassation

La Cour de cassation est née de la Révolution en 1791, avec pour mission d'uniformiser le droit en France et de faire disparaître les autonomies juridictionnelles issues d'un régionalisme autocratique prérévolutionnaire. Cette mission d'unité entre donc de plein droit dans les attributions de la Cour suprême qui, étant la seule (avec le Conseil d'État) à dire le droit, a, par définition, une attribution d'unification de la pensée du droit et du contrôle de son application. Elle sera saisie d'un pourvoi demandant que soit cassé un arrêt de cour d'appel, contesté au motif d'une mauvaise interprétation par cette cour de la règle de droit à l'appui de laquelle l'arrêt avait été rendu. La Cour de cassation « dit le droit ». Elle peut également, par certains arrêts, modifier l'orientation de la législation (arrêt Perruche ou arrêt Hédreul, par exemple). La cassation d'un arrêt par cette cour donne lieu à une nouvelle procédure qui revient devant une autre cour d'appel, l'arrêt cassé étant purement et simplement annulé, puisque la Cour de cassation aura estimé que cet arrêt n'était pas conforme aux règles de droit. La Cour de cassation ne se prononce jamais sur le fond d'un dossier mais uniquement sur la forme. Elle ne tranchera pas le litige en lui-même mais la façon dont il a été pris en charge et le fait de savoir si les règles de droit invoquées l'ont été à bon escient. Elle est composée de chambres civile, criminelle, commerciale et sociale.

Le rejet du pourvoi ne constituera pas une décision sur le fond, mais simplement le fait que la décision de la cour d'appel aura été établie en respect des règles de droit en vigueur.

La Cour de cassation a un rôle de contrôle de l'usage du droit et également de la qualité de la motivation des arrêts. Telle décision pourra donc être cassée au motif d'une insuffisance de motivation « juridique » de l'avis, au vu du rapport de l'expert. Elle exerce là son rôle de contrôle disciplinaire de la profondeur de la motivation de la décision.

Conseil d'État

Le Conseil d'État a un rôle particulier : chargé initialement de « conseiller l'État », il peut être saisi comme juge du premier degré pour contester une décision de nomination, comme juge d'appel d'une décision d'un TA (tribunal administratif) tout comme une CAA (cour administrative d'appel), et également comme une Cour de cassation parallèle en matière de droit administratif. Dans cette hypothèse, tout comme la Cour de cassation, il ne rejuge pas le dossier, mais contrôle que les juges d'appel ont correctement appliqué le droit, dans l'application qui leur était soumise, à savoir l'instance sur laquelle ils ont eu à statuer. Il peut toutefois casser puis juger, ce privilège étant hérité de l'époque où il était seule juridiction administrative. Dans cette hypothèse, il est troisième juge, et sa décision n'est pas susceptible d'appel.

Tribunal des conflits et garde des Sceaux

En cas de doute sur la compétence d'un ordre ou d'un autre pour juger d'un dossier, c'est le tribunal des conflits qui, composé de cinq magistrats de l'ordre judiciaire et autant venant de l'ordre administratif, déterminera si le litige relève de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. En cas de persistance du désaccord, c'est le garde des Sceaux qui tranche.

Carte judiciaire

La carte judiciaire comptait fin 2007 un total de 35 cours d'appel, 181 tribunaux de grande instance, une cour administrative d'appel par région administrative. Dans le cadre de sa réforme, proposée par le garde des Sceaux, deux décrets du 15 février 2008 ont été publiés au *Journal officiel* du 17 février 2008 organisant la nouvelle carte judiciaire.

Au 1^{er} janvier 2011, 178 tribunaux d'instance et 23 tribunaux de grande instance auront été supprimés. Parallèlement, 7 tribunaux d'instance et 7 juridictions de proximité seront créés.

Par ailleurs, depuis le 1^{er} janvier 2009, 55 tribunaux de commerce ont été supprimés et 6 nouveaux tribunaux ont été créés, dont un mixte à Saint-Pierre-de-la-Réunion.

Il n'y a pas de troisième degré de juridiction en France, la Cour de cassation n'étant pas une « cour d'appel de la cour d'appel ».

À retenir

L'ordre judiciaire concerne les juridictions civiles et pénales ; il est organisé en premier degré et deuxième degré (TGI et cour d'appel), tout comme l'ordre administratif (tribunal administratif et cour administrative d'appel), chaque ordre étant régi finalement par une cour suprême (Cour de cassation dans l'ordre judiciaire, Conseil d'État pour l'ordre administratif), qui dit le droit et constitue la référence absolue.

Quelles sont les missions de la Cour de cassation ?

Structure et organisation

La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français ; elle partage cette charge avec le Conseil d'État, qui l'exerce au plan administratif. Elle date de 1791, et a été précédée par le Tribunal de cassation, mis en place par l'Assemblée constituante en 1790.

La Cour de cassation est composée de six chambres :

- trois chambres civiles ;
- une chambre sociale ;
- une chambre commerciale ;
- une chambre criminelle.

Chacune des cinq chambres civiles (« non criminelles ») a une spécialité qui lui est propre :

- 1^{re} chambre : successions, filiation, santé... ;
- 2^e chambre : divorce, responsabilité civile délictuelle... ;
- 3^e chambre : contrats spéciaux, expropriation... ;
- 4^e chambre : matière commerciale et financière ;
- 5^e chambre : affaires sociales.

Chacune des chambres de la Cour de cassation comprend : un président de chambre, des conseillers, des conseillers référendaires, un ou plusieurs avocats généraux, un greffier de chambre. Chacune des six chambres est donc dotée d'un président. Celui-ci dirige les débats, répartit les dossiers entre les conseillers de la chambre, et supervise les arrêts rendus.

Rôle et fonctionnement

La Cour de cassation a été créée pour uniformiser le droit et lutter contre la primauté de la pensée régionale dans les juridictions de l'Ancien Régime, accusées de favoritisme local ou corporatiste.

Elle n'est pas un troisième degré de juridiction, elle n'est pas « une cour d'appel de la cour d'appel ».

Elle ne juge pas les dossiers, mais la façon dont le droit a été appliqué. Elle a donc un pouvoir de contrôle sur la bonne application du droit.

Elle oriente le droit en créant la jurisprudence, mais elle ne crée pas la loi. « Le juge exprime seulement ce que dit la loi, il ne " fait " pas la loi. C'est là le travail du législateur. »

Elle a un rôle disciplinaire : au-delà du contrôle de l'application judiciaire et à bon escient des règles de droit, sa fonction disciplinaire a pour but de contrôler que les arrêts sont suffisamment motivés.

Elle n'a pas de caractère normatif : « Il est interdit au juge de se prononcer par voie générale ou réglementaire sur les causes qui lui sont soumises. »

En découlent ces quelques règles :

- la jurisprudence n'étant pas normative, les dossiers sont toujours des cas d'espèces ;
- il ne peut y avoir de généralisation systématique ;
- l'apport jurisprudentiel se doit de s'adapter à chaque dossier.

Cette position de la Cour de cassation diffère de la position judiciaire américaine ; en effet, la *Class Action* permet au juge de se prévaloir de la portée générale et réglementaire d'une décision de justice préalable. Dès lors, dans ce cas, la décision de la Cour suprême s'impose absolument au même titre qu'une loi ou un décret. Ce caractère normatif est une exception américaine, absente du droit français.

Ses décisions ont un caractère rétroactif, contrairement à la loi : la Cour de cassation n'est pas tenue au respect de l'article 2 du Code civil, qui interdit le caractère rétroactif de la loi.

Ainsi, si la Cour de cassation doit se prononcer aujourd'hui sur un dossier datant de deux ans et demain sur un dossier du même ordre datant d'il y a vingt ans, la décision de la Cour sera fondée sur les mêmes principes de droit, car on considère que la Cour ne peut appliquer en droit deux principes différents sur des questions identiques. Toutefois, il est clair que cette position n'a rien à voir avec un éventuel caractère normatif.

Cette position de la Cour imprime incontestablement un certain degré d'insécurité juridique, face à l'avenir. Mais en fait aucune solution n'est parfaite, et celle-là a l'avantage d'une certaine logique.

La discussion de l'imputabilité est parfois particulièrement difficile, et peut poser des problèmes majeurs. On constate que, le plus souvent, la Cour de cassation applique le principe de l'équivalence des conditions considérant que tout ce qui a pu contribuer d'une manière ou d'une autre à la réalisation du préjudice doit être pris en compte, le magistrat ayant dès lors (notamment) la charge de définir la répartition des pourcentages, alors que les cours d'appel appliquent plus souvent le principe de la causalité adéquate, au même titre que le juge administratif.

La Cour de cassation est saisie de pourvois. Pour être déclaré recevable, c'est-à-dire pour pouvoir être examiné, le pourvoi doit être formé dans un délai donné, en général dans les deux mois qui suivent la signification ou la notification de la décision attaquée. Le délai de pourvoi en cassation est augmenté d'un mois pour les personnes qui demeurent dans un département ou un territoire d'outre-mer, et de deux mois pour celles qui demeurent à l'étranger. En matière électorale, il est de dix jours (art. 996 et 999 CPC).

Un pourvoi est fondé sur des « moyens » (thèmes de contestation) et argumenté par des « branches » (éléments du raisonnement).

La Cour rend sa décision, qui est un **arrêt**, et qui n'est, par définition, pas susceptible d'appel. Elle « casse et annule », renvoyant dès lors les plaideurs devant une autre cour d'appel que celle dont l'arrêt était ici contesté, ou « rejette » le pourvoi, validant non pas la décision sur le fond, mais la façon dont elle a été

élaborée par les deuxièmes juges, tant sur le bon usage des règles de droit ayant permis d'y parvenir, que sur la qualité et l'intensité de la motivation l'ayant entourée.

Les motivations de dépôt du pourvoi sont les suivantes :

- défaut de motivation ;
- contradiction des motifs ;
- défaut de réponse à conclusions ;
- défaut de base légale ;
- violation de la loi :
 - par fausse application ;
 - par refus d'application ;
 - par fausse interprétation ;
- dénaturation d'un écrit clair et précis.

À retenir

Les attributions de la Cour de cassation la placent tout en haut de la pyramide judiciaire, et lui permettent de tenir une position centrale dans la jurisprudence française. Le caractère rétroactif de ses décisions, son rôle disciplinaire et d'uniformisation, son absence de rôle normatif, son approche de l'imputabilité sont les caractéristiques de son fonctionnement.

Quelles sont les grandes règles de la responsabilité médicale ?

« L'engagement de la responsabilité s'applique en cas de non-respect de l'obligation sécuritaire. Dans le cas contraire, il faudra parler d'aléa. »

Pr Pierre Vayre, Colloque sur l'infection nosocomiale,
28 septembre 2006, Hôtel des Invalides, Paris.

La responsabilité médicale peut être mise en cause de plusieurs façons.

Responsabilité civile

Elle concerne les actions commises dans le cadre d'un **exercice médical libéral**, comportant une activité en cabinet, clinique, dispensaire, centre de santé, ou à l'hôpital dans le cadre d'un exercice privé. Elle est régie par le principe de la faute et de l'obligation de moyens.

Depuis l'arrêt Mercier (20 mai 1936), qui établit « qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant l'engagement sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins attentifs et conformes aux données acquises de la science », elle est, à de très rares exceptions près, de nature contractuelle, ce contrat étant conclu implicitement entre le patient et son médecin. L'inexécution de ce contrat concernera :

- le retard ou l'absence de soins adaptés ;
- l'erreur majeure de diagnostic ;
- l'erreur de traitement ;
- globalement les cas d'insuffisance de moyens ;
- et plus généralement des situations où la gestion du dossier n'a pas été conforme « aux données acquises de la science ».

S'y ajoutent les éléments stigmatisés par la jurisprudence de ces dernières années : information, consentement, obligation de sécurité-résultat...

La responsabilité civile est jugée par les tribunaux d'instance et de grande instance, les cours d'appel et, le cas échéant, la Cour de cassation par ses chambres civiles. La responsabilité civile **médicale** relève des TGI et de la cour d'appel.

Les **sanctions** sont financières. Elles relèvent donc de la compagnie d'assurance auprès de laquelle le médecin aura souscrit un contrat, qui se doit d'être précisément adapté à son mode d'exercice (loi du 30 décembre 2002) (voir fiche 9).

Responsabilité administrative

Elle concerne une activité médicale hospitalière dans le cadre d'un exercice salarial. Le lien entre les deux acteurs de la relation médicale n'est plus le même : il est régi cette fois par le droit public. Le médecin devient « agent de l'administration », et le patient est « usager du service public ». Ce type de responsabilité est également fondé sur le principe de la faute et de l'obligation de moyens.

En cas de litige et de demande d'indemnisation d'un dommage, l'interlocuteur du patient sera l'hôpital et non le médecin. Le principe est que l'hôpital est responsable de ses agents en cas de faute de service et les « protège ». La faute, si elle est reconnue, donnera lieu à une indemnisation de la part de l'hôpital (assureur). Cette indemnisation peut avoir lieu sur un mode amiable ou dans le cadre d'une procédure.

La responsabilité administrative est jugée par les tribunaux administratifs, la cour administrative d'appel et, le cas échéant, le Conseil d'État.

Il existe deux exceptions à cette règle :

- la **faute détachable** (voir fiche 64) : elle est personnelle, c'est une faute de comportement, étrangère à la technique médicale. Elle survient certes lors de l'exercice médical lui-même, mais constitue une faute « relationnelle », « sociale », « civique », « étrangère à la fonction de soins ». Par son extrême gravité, elle peut revêtir une qualification pénale ;
- l'**exercice privé** à l'hôpital : il fait repasser le praticien d'une responsabilité administrative à une responsabilité civile.

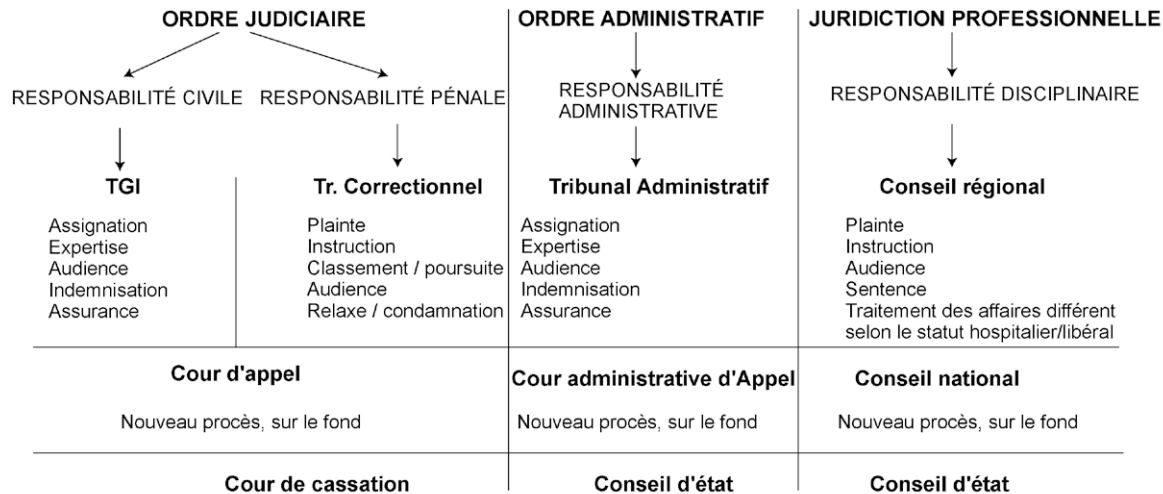
Les sanctions sont financières au débit de l'hôpital, puisque c'est lui qui est responsable, celui-ci pouvant se retourner secondairement contre son agent défaillant (action récursoire), notamment en cas de faute particulièrement grave.

Responsabilité pénale

Elle concerne des actes contrevenant non pas aux rapports « entre les personnes », mais à la « règle sociale » et ayant donc constitué une « infraction » à une règle d'ordre public contenue explicitement dans le Code pénal, soit le plus souvent :

- atteinte involontaire à la vie ou à la personne ;
- violation du secret médical ;
- mise en danger de la vie d'autrui ;
- omission de porter secours (non-assistance à personne en danger) ;
- exercice illégal de la médecine ;
- infraction aux règles relatives à l'expérimentation sur la personne humaine ;
- infraction aux dispositions relatives à l'interruption de grossesse ;
- manquements graves à une obligation professionnelle ;
- fausses déclarations ;
- certificats de complaisance.

La responsabilité pénale est jugée par les tribunaux de police pour les contraventions, les chambres correctionnelles des TGI pour les délits et la cour d'assises pour les crimes, les deux derniers niveaux étant susceptibles d'appel et, le cas échéant, de pourvoi devant la Cour de cassation (chambre criminelle).



Les cours suprêmes jugent non pas le procès mais la cour d'appel et analysent si le droit a été respecté et les textes utilisés à bon escient. Le conseil d'Etat peut dans certains cas être saisi en premier ou en deuxième degré.

Figure 3.1
Organisation juridictionnelle de la responsabilité médicale.

Les magistrats ne se prononceront pas sur une mauvaise évaluation de technique médicale, mais sur le caractère délictuel ou criminel du grief opposé au « prévenu » en correctionnelle, à l'« accusé » aux assises. « La loi pénale est d'interprétation stricte » (art. 111-4 CP), et le chef de mise en examen doit, pour être recevable, se rapprocher au plus près de la définition qui est prévue explicitement par le Code pénal.

Les **sanctions** encourues sont des peines d'amendes mais aussi des peines d'emprisonnement (ferme ou avec sursis).

Responsabilité disciplinaire

Tout médecin doit être inscrit au tableau de l'Ordre pour exercer et doit se conformer au Code de déontologie. Tout manquement à ces dispositions peut donner lieu à des poursuites devant la juridiction ordinaire :

- le conseil régional de l'Ordre en première instance ;
- le Conseil national en appel.

Les décisions de la juridiction d'appel sont susceptibles de cassation devant le Conseil d'État.

La loi du 4 mars 2002 a modifié les conditions d'exercice de cette juridiction, et prévoit une tentative de conciliation préalable à toute action contentieuse (art. L4123-2 CSP). En cas d'échec de la tentative de conciliation, la plainte est transmise au conseil régional.

Les fautes « disciplinaires » sont des fautes professionnelles qui n'ont pas d'implication civile ou pénale directe. Par ailleurs, elles n'empiètent pas sur ces domaines judiciaires dont elles ne sont pas « concurrentes ». Elles n'empêchent ni ne permettent une action judiciaire.

Sont considérées comme fautes disciplinaires les manquements à l'esprit et à la lettre du Code de déontologie, à la probité, au dévouement et à l'humanisme.

Les **sanctions** peuvent être un avertissement, un blâme, une suspension, une radiation.

À retenir

Il existe quatre types d'instances (figure 3.1) pouvant juger la faute d'un médecin, selon les conditions de survenue de l'action contestée (civile, pénale, administrative et disciplinaire). Les sanctions dépendent de la juridiction saisie. Elles peuvent être uniquement financières, mais également privatives de liberté, ou imposant une interruption d'exercice. Le principe général est fondé sur la mise en évidence de la faute et, en matière civile et administrative, l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité entre faute et dommage. Toutes ces décisions sont susceptibles d'appel.

Pour en savoir plus

Coursier P. Bilan et perspective du droit de la responsabilité médicale en matière civile et administrative. *Revue médicale de l'Assurance maladie* 2000 ; 3 : 55-63.

Hocquet-Berg S. Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité-résultat. *Gazette du Palais* 1999 ; 7-8 mai : 20-5.

- Malicier D. Responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire. *Rev Prat* 2001 ; 51 : 1001–6.
- Malicier D, Achache P, Fanton L, Miras A. Perspective sur la responsabilité sans faute. *J Med Leg Droit Med* 1999 ; 42 (7–8) : 657–60.
- Penneau M, Delahaye JF. L'évolution de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité médicale. *Rev Fr Dommage Corp* 1995 ; 1 : 31–7.
- Rouge-Maillart C, Pessaix P, Jousset N, Hubert N, Gosset D, Penneau M. L'obligation de moyens et l'obligation de résultat. *Presse Med* 2001 ; 30 (28) : 1380–3.
- Sargos P. Responsabilité des médecins, aléa thérapeutique et obligation de sécurité de résultat. *Experts CEJ* 2000 ; (49) : 25–6.

Quels sont les apports fondamentaux de la loi du 4 mars 2002 ?

Sur la faute médicale

Faute et responsabilité professionnelle

La loi du 4 mars 2002 réaffirme **la nécessité d'une faute pour mettre en jeu la responsabilité professionnelle du médecin** : « 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 lequel sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic et de soins ne sont responsables des conséquences d'actes de prévention, de diagnostic et de soins qu'en cas de faute » (art. 1142-1 CSP). On ne peut que se féliciter de cette consécration législative réaffirmée de la nécessité de la faute pour engager la responsabilité du médecin, laquelle, conjointement au traitement de la question de l'aléa dans cette même loi, tendra sans doute à simplifier la réflexion face aux situations difficiles d'engagement de la responsabilité du médecin (responsabilité virtuelle, responsabilité sans faute et de présomption de responsabilité). Par ce texte, le législateur annule l'effet de la jurisprudence récente en matière d'infection nosocomiale. En effet, deux arrêts importants de la Cour de cassation en date du 29 juin 1999 avaient retenu dans les deux cas la responsabilité du médecin, dans la même formulation : « Un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère », précisant dans l'un des arrêts : « Le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. » La portée de cette jurisprudence est donc annulée par ces nouvelles dispositions législatives.

Infections nosocomiales

Ce texte se poursuit en indiquant en revanche 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 ». Ainsi, **la responsabilité des cliniques et hôpitaux est engagée de plein droit en matière d'infection nosocomiale sauf à établir que cette infection nosocomiale tire son origine de l'extérieur de l'établissement**. Inclusivement, la responsabilité d'un praticien ne pourra être retenue qu'en cas de faute, y compris dans ce contexte infectieux. Cette situation concernant les établissements de soin transfère la charge vers une obligation de résultats et non plus de moyens, l'établissement devant s'exonérer par la preuve

d'une cause étrangère et non plus par la « simple » preuve du respect des normes d'asepsie et d'hygiène. Ainsi, sur ce point, la loi confirme les arrêts du 29 juin 1999, mais renforce finalement considérablement la contrainte des établissements de santé.

Dommages causés par un produit de santé défectueux

Une situation de responsabilité sans faute des médecins et des établissements de santé est créée en cas de dommages causés par un produit de santé défectueux. Ce point constitue une application du principe de l'article 1384 du Code civil, qui pose que la responsabilité s'étend aux choses que l'on a sous sa garde : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses qu'on a sous sa garde. »

Contaminations virales

La loi crée une présomption d'imputabilité de contamination par le virus de l'hépatite C : « En cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Le doute profite au demandeur. » Ici aussi, c'est donc le concept de la responsabilité de principe, de la présomption d'imputabilité sauf preuve contraire, exactement sur le même mode que la présomption d'imputabilité de qualification en accident du travail ou concernant le VIH.

Au vu de ces éléments, c'est au défendeur d'apporter la preuve que le traitement ainsi administré n'est pas à l'origine de la contamination, et il appartient alors au juge de demander le cas échéant une expertise. Mais une cour d'appel peut estimer que les nombreux actes médicaux invasifs subis entre les transfusions et la découverte de la contamination ne permettent pas de présumer l'origine transfusionnelle de la contamination, de sorte que la victime ne peut se prévaloir de l'existence d'un doute au sens de l'article 102 de la loi du 4 mars 2002. « Attendu que pour débouter M. X, devenu majeur, de sa demande, l'arrêt attaqué relève qu'il était constant qu'entre 1980 et 1985 de très nombreux produits sanguins lui avaient été administrés qui provenaient en 1980 et 1981 du CRTS de Perpignan et en 1984 et 1985 du CRTS de Lille, qu'entre ces dates, il avait reçu d'autres produits sanguins sans en indiquer la provenance, que sa contamination avait pu aussi intervenir pendant cette période et que si la personne atteinte d'une contamination bénéficiait d'une présomption à l'encontre du centre fournisseur dès lors qu'elle démontrait la réalité de la contamination, encore fallait-il qu'elle indique de manière très précise les centres fournisseurs ».

Il faut également indiquer que, dans une certaine mesure, la loi du 4 mars 2002 tempère un peu le caractère « impératif » du concept contractuel dans la responsabilité médicale, même si l'arrêt Mercier reste la base de raisonnement de la doctrine. En effet, l'article 1142-1 du Code de la Santé publique tiré directement de la loi du 4 mars 2002 réaffirme certes la responsabilité pour faute, mais, comme on l'a vu, à l'exception de questions relatives à l'infection nosocomiale et aux

produits de santé. Dans une certaine mesure, on peut considérer que ce texte fait échapper la responsabilité médicale aux principes généraux du droit commun (M. Lafarge, Cons. réf. CC, février 2009). De cette exception au principe de la faute se nourrit également le principe (ancien) de la présomption d'imputabilité, **sauf cause extérieure ou cas de force majeure**. La question de la responsabilité du fait des instruments ou des accessoires intervient alors ici. L'exemple type est celui de « l'affaire des gants en latex » (CC, 1^{re} Ch. civ., 22 novembre 2007), dans laquelle l'arrêt condamnant le praticien avait été cassé car le dommage venait « d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et **qui ne pouvait pas être maîtrisé** ».

Sur l'assurance professionnelle

La loi impose au médecin de souscrire une assurance professionnelle en responsabilité civile auprès d'une assurance notoirement solvable, par le biais d'un contrat adapté à son mode d'exercice (art. L.1142-2 CSP : « (...) 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 ») et elle punit le contrevenant à une peine de 45 000 € d'amende et des peines complémentaires (art. L.1142-25 CSP), l'article L.1142-2 du même code prévoyant qu'en cas de carence de cette obligation, « l'instance disciplinaire compétente peut prononcer des sanctions disciplinaires ».

Mais elle impose à une compagnie sollicitée par un praticien de l'assurer : « Toute personne assujettie à l'obligation d'assurance qui, ayant sollicité la souscription d'un contrat auprès d'une entreprise d'assurance, se voit opposer deux refus, peut saisir un bureau central de tarification. Le bureau central de tarification a pour rôle exclusif de fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé », cette obligation d'assurer constituant le pendant de l'obligation d'assurance. La loi prévoit qu'un assureur puisse limiter ses garanties en montant assurable.

Sur l'indemnisation de l'aléa

La loi permet l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, dont le président Pierre Sargos donne une définition : « Événement dommageable survenu au patient sans qu'une maladie et plus généralement une faute quelconque puisse être imputée au praticien et sans que ce dommage se relie à l'état initial du patient ou à son évolution prévisible. » Le juge administratif avait en son temps admis la possibilité d'une compensation, mais uniquement pour des séquelles lourdes, il y a une dizaine d'années (CE, 30 juillet 1997, affaire Kress, incapacité permanente partielle > 70 %). Cette possibilité est désormais offerte **au titre de la solidarité nationale**, le fonds d'indemnisation ainsi créé étant financé par l'Assurance maladie. Cette disposition ne pourra s'appliquer qu'en cas de « conséquences d'une certaine gravité, dont les modalités sont définies par décret et rapportées à la question concernant l'aléa.

Trois conditions doivent être conjointement remplies :

- l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale doit être directement imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins ;
- l'événement doit avoir pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé et de l'évolution prévisible ;
- l'événement doit présenter un caractère de gravité. Il faut une incapacité permanente partielle (IPP) de plus de 24 %, selon le décret du 24 avril 2003.

Si ces conditions ne sont pas remplies, d'autres critères peuvent être retenus (voir fiche 153).

Sur le règlement non judiciaire des conflits

La loi tend à privilégier le règlement amiable des conflits et crée, pour ce faire, la **commission régionale de conciliation et d'indemnisation (CRCI)**, prévue pour émettre un avis sur le principe d'une responsabilité et le montant d'une indemnisation (voir fiche n°153 sur les CRCI). Cette commission peut recourir à un expert, le recours à un juge civil ou administratif n'étant prévu qu'en cas de contestation de l'avis initialement donné, cette fois dans le cadre d'une procédure judiciaire. Les CRCI constituent par ailleurs un espace de conciliation réunissant des représentants de divers horizons, professionnels de la santé, juristes, usagers de la santé, membres de l'ONIAM (voir *infra*). Dans le même esprit, les conflits portés devant le Conseil de l'ordre doivent faire l'objet d'une tentative de conciliation.

Sur l'information

Renforcement des droits à l'information

La loi renforce les droits à l'information.

Information des malades

« Toute personne doit, sauf en cas d'urgence ou d'impossibilité, être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposées, 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 ». Il est important de noter le relatif retrait du législateur sur le magistrat de cassation, le premier évoquant « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles », le deuxième ayant astreint le médecin à l'information sur tous les risques, y compris exceptionnels (« le fait que ces risques soient exceptionnels ne dispense pas le médecin de leur information »). Il y a lieu toutefois d'être prudent tant que la nouvelle jurisprudence succédant à cette loi du 4 mars 2002 n'a pas acquis une « vitesse de croisière ».

Information des victimes

« Toute personne victime ou s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou ses ayants droit si la personne est décédée, ou le cas échéant son représentant légal, doit être informée par le professionnel, l'établissement de santé, les services de santé ou l'organisme

concerné sur les circonstances et les causes de ce dommage. Cette information lui est délivrée au plus tard dans les quinze jours suivant la découverte du dommage ou sa demande expresse (...). »

Droit à l'ignorance

Elle autorise le droit à l'ignorance et valide le refus d'être informé : « La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque les tiers sont exposés à un risque de transmission. »

Sur les conséquences de l'arrêt Perruche au cours du temps

N'oublions pas le « dispositif anti-Perruche » : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », qui constitue l'article premier de cette loi et qui vient annihiler la portée de l'arrêt Perruche.

À cette réserve près que par deux arrêts du 6 octobre 2005, la Cour européenne des droits de l'homme conteste et condamne la position de la France, qui s'est fondée sur l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 en violant l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la convention, en ce qui concerne les instances en cours à la date de son entrée en vigueur. Elle a estimé que : « En supprimant purement et simplement, **avec effet rétroactif**, une partie essentielle des créances en réparation, de montants très élevés, que des parents d'enfants dont le handicap n'avait pas été décelé à la naissance, en raison d'une faute qu'ils auraient pu faire valoir, le législateur français les a privés d'une " valeur patrimoniale " préexistante et faisant partie de leurs biens (...). Ce « dispositif anti-Perruche » ne peut donc s'exercer que pour les instances postérieures à cette loi, et non pour les dossiers en cours lors de la publication de ce texte.

En outre, par trois arrêts rendus le 24 janvier 2006, la Cour de cassation, dont la jurisprudence avait été délibérément contrée par la loi du 4 mars 2002, exerce l'occasion de réaffirmer sa position de principe, au moins en ce qui concerne l'application de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, relativement **aux instances en cours et seulement à elles**. La loi n'est pas rétroactive.

Cette position est encore renforcée par un jugement du TGI de Paris du 16 octobre 2006, 1^{re} chambre, 3^e section, concernant une fillette paraplégique du fait d'une *spina bifida* non diagnostiquée lors des examens prénatals. L'action indemnitaire engagée par les parents de la fillette « agissant tant en leur nom personnel qu'en qualité de représentants légaux de leur fille », débute par le dépôt de trois assignations à l'encontre du gynécologue, de sa compagnie d'assurance et de la caisse de prévoyance SNCF, en dates des 1^{er}, 4 et 7 février 2002, soit un mois avant la loi « Kouchner » et son article premier. Le jugement conclut : « Par ces motifs, dit que l'article premier paragraphe 1 de la loi du 4 mars 2002 n'est pas applicable au présent litige (...) », ce qui signifie que, dans ce dossier et **du fait de la date du dépôt des assignations par rapport à la date de promulgation de la loi du 4 mars 2002**, l'enfant pourra être indemnisée à titre personnel pour son préjudice propre, en complément du versement de prestations sociales destinées à compenser les frais médicaux.

Sur les droits des malades

Cette loi du 4 mars 2002 prévoit en outre de nombreuses autres dispositions, qui ne concernent cette fois pas le domaine de la responsabilité professionnelle pour faute technique, mais les questions :

- du secret médical ;
- de l'accès au dossier ;
- de la discrimination sociale ;
- de la dignité humaine ;
- du consentement ;
- et globalement des **droits du malade**.

Étant donné le principe même de cet ouvrage, cette analyse est très limitée, au vu de l'ampleur de la tâche. Elle n'est donc que très succincte par définition, et donc incomplète. On pourra se reporter si on le souhaite à des ouvrages analytiques et à des commentaires d'ouvrages de fond sur cette question.

À retenir

Les apports de la loi du 4 mars 2002 sont fondamentaux, et constituent une révolution sur bien des points ou une validation législative de la jurisprudence sur d'autres. Les principaux aspects concernent l'indemnisation de l'aléa, la question de l'infection nosocomiale, la présomption d'imputabilité concernant l'hépatite C, les obligations d'assurance, la conciliation, l'information. Ce texte va régir notre système de responsabilité dans les années voire les décennies à venir.

Pour en savoir plus

- Catz J. La loi du 4 mars 2002 : de nouveaux droits pour les malades, de nouveaux devoirs pour les médecins. Vers une médecine plus humaine. Responsabilité 2002 ; 6.
- Dupont M. De nouveaux droits pour les malades, de nouveaux devoirs pour les médecins : le point de vue hospitalier. Responsabilité 2002 ; 6.
- Gombault N. De nouveaux droits pour les malades, de nouveaux devoirs pour les médecins : l'indemnisation des accidents médicaux. Responsabilité 2002 ; 6.
- Memeteau G. La nouvelle responsabilité civile médicale. J Med Leg Droit Med 2002 ; 45 (6) : 211-24.

Comment définir le lien de causalité entre la faute et le dommage ?

« Heureux celui qui peut connaître la raison des choses. »

Virgile, Les Géorgiques

La responsabilité professionnelle du médecin ne peut être mise en cause qu'en cas de convergence de trois éléments fondamentaux et indissociables : **faute, dommage et lien de causalité entre les deux**.

Cette notion s'applique que la responsabilité recherchée soit de nature contractuelle, comme dans l'immense majorité des situations, ou qu'elle soit de nature quasi délictuelle.

L'imputabilité est le lien médical de cause à effet entre deux événements ou entre un événement et sa conséquence supposée. Cette imputabilité médicale permettra de tenter d'établir l'existence d'une causalité, suite juridique de la première. La preuve de l'imputabilité devra être apportée par le demandeur.

Une faute authentique ne pourra donc donner lieu à indemnisation si l'on ne peut établir qu'elle a, de façon « certaine, directe et totale », créé un dommage.

Critères pour définir l'imputabilité

De nombreux critères ont été envisagés au fil des décennies pour définir cette imputabilité. Dans leur *Précis d'évaluation du dommage corporel* (1996), Fournier et Rousseau simplifient efficacement l'approche en retenant les critères suivants :

- connaissance précise des lésions initiales ;
- absence de tout état antérieur ;
- certitude du diagnostic séquellaire ;
- vraisemblance scientifique.

L'état antérieur est défini comme l'ensemble des anomalies (séquelles ou maladies évolutives) que présente un sujet avant l'événement dommageable et qui peuvent intervenir dans l'évaluation médico-légale des conséquences de cet événement dommageable. Il doit donc être strictement défini pour pouvoir secondairement déterminer la part du handicap final attribuable au litige en cause.

Les prédispositions concernent plus la notion de terrain propice à la constitution d'une pathologie. La discussion d'imputabilité devra prendre en compte l'ensemble de ces éléments.

De nombreux paramètres viennent compléter cette approche, mais l'« **imputabilité** » médicale, parallèle de la « **causalité** » juridique, constitue le lien sans lequel une faute ne peut être considérée comme responsable d'un dommage.

Dans deux arrêts (24 janvier 2006 et 25 juin 2009), la Cour de Cassation énoncé, en l'absence d'un lien certain total et direct, que l'existence de présomptions, « pourvu qu'elles soient graves précises et concordantes », permet d'établir un lien de causalité, « écartant l'exigence d'une preuve scientifique ». La cour de cassation ouvre donc par cet arrêt du 25 juin 2009 la discussion sur les valeurs relatives entre imputabilité **certaine totale et directe** et éléments **graves, précis et concordants** de présomption.

Théories pour établir la causalité

Au plan de la discussion juridique, la causalité n'est pas forcément aisée à établir. Ce lien peut être simple ou complexe, plusieurs causes pouvant intervenir dans la réalisation d'un dommage. Deux théories principales peuvent se discuter pour permettre au magistrat d'établir une relation incontestable entre un fait et une situation.

Causalité adéquate

Seules les conséquences normales et prévisibles de l'accident sont indemnisables. Cette approche propose une conséquence logique mais sans excès de la séquence des événements : un incendie dans le lit d'un patient immobilisé à la suite d'un accident de circulation n'est pas imputable à l'accident initial (Cass. civ., 8 février 1989). Cette solution est volontiers prise en compte par les cours d'appel.

Équivalence des conditions

Datant dans sa première application de 1855, elle postule que « toutes les conditions ayant interféré dans l'accident en sont réputées la cause », puisque sans l'une d'elles, le dommage ne se serait pas produit. En d'autres termes, dans le cas d'école représenté par l'accident de circulation avec hémorragie et transfusion contaminant le patient par le VIH, tout ce qui a rendu possible le préjudice doit être pris en compte, le juge du fond devant déterminer le pourcentage des responsabilités entre transfusion et accident de circulation. « Dès que plusieurs causes produites successivement ont été les conditions nécessaires du dommage, toutes en sont la cause, de la première à la dernière » (CA Paris, 7 juillet 1989). Ce mode de raisonnement rencontre une de ses applications dans les préjudices en cascade. On citera cet arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (Ch. corr.), du 19 septembre 2002 : « Est reconnu coupable du délit d'homicide involontaire et de la contravention d'omission de céder le passage à un piéton régulièrement engagé sur la chaussée le prévenu qui, ébloui par le soleil, heurte un piéton, âgé de 77 ans, qui traversait un passage clouté de droite à gauche, par rapport au sens de la circulation de l'automobiliste et qui, hospitalisé et opéré suite à cet accident, décédait d'une infection nosocomiale. La faute commise par le prévenu, cause indirecte du dommage devant s'analyser au regard de la loi du 10 juillet 2000, recevait la qualification de faute caractérisée qui exposait autrui à un risque qu'il ne pouvait ignorer, car en omettant de céder le passage à la victime, ce qui est la cause de l'accident, le prévenu a créé la situation qui a permis la réalisation du dommage. »

Il existe donc pour le magistrat deux possibilités de parvenir à la notion d'imputabilité, à définir le lien de causalité, en sachant que la Cour de cassation applique en général le principe de l'équivalence des conditions.

Présomption d'imputabilité

La présomption d'imputabilité a permis de simplifier la procédure de prise en charge de certains sinistres, « sauf preuve contraire », chaque procédure ayant sa spécificité. Il faut à ce titre rappeler quelques notions importantes.

- **en matière d'accident du travail**, l'accident est réputé imputable au travail dès lors qu'il s'est produit en temps et lieu du travail ou sur le trajet (avec quelques spécifications), l'article L.411-1 du Code de la santé publique précisant qu'« est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, tout accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail ». Cette définition ne s'applique qu'en l'absence de preuve contraire et uniquement pour les « travailleurs dépendants », par opposition aux « travailleurs indépendants » que sont les professions libérales, commerçants, artisans, etc., sauf à avoir souscrit une protection spécifique auprès de leur compagnie d'assurance. Rappelons qu'un accident survient de façon inopérée, imprévisible, et qu'il est dommageable (CC) ;
- **en matière de contamination par le VIH secondairement à une transfusion sanguine**, l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991 a établi une présomption de causalité entre la transfusion et la contamination par le VIH, renversant le sens habituel de la charge de la preuve ;
- **en matière d'infection nosocomiale**, la loi du 4 mars 2002 établit une responsabilité de plein droit pour les établissements de soins, en cas d'atteinte nosocomiale infectieuse, responsabilité dont ils ne peuvent s'affranchir qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère, notion rappelant le même concept présent dans l'article 1147 du CC relatif à la responsabilité contractuelle ;
- concernant l'**hépatite C** : voir fiche 4.
- et, dans un autre domaine, **les conséquences de la loi Badinter de 1985**.

À retenir

L'imputabilité est la relation médicale de cause à effet entre deux actes ou situations. La causalité est le versant juridique de cette notion médicale, et permettra au magistrat d'évaluer si le dommage est la conséquence réelle d'une faute, mettant alors en jeu la responsabilité professionnelle du médecin. Elles nécessitent la validation de certains critères précis.

Pour en savoir plus

- Bessieres-Roques I, Fournier C, Hugues-Bejui H, Riche F. Précis d'évaluation du dommage corporel. Paris : Dalloz ; 2001.
- Cardona J, Fasquel D. Présomption d'imputabilité et état antérieur en accident du travail. Rev Fr Dommage Corp 1999 ; 4 : 361-8.
- Fournier C, Bejui H. L'imputabilité médicale en droit commun : un siècle de réflexion sur la relation de cause à effet en dommage corporel. Rev Fr Dommage Corp 2003 ; 3 : 277-88.
- Lambert-Faivre Y. État antérieur et prédispositions individuelles : analyse juridique. J Med Leg Droit Med 2000 ; 43 (4) : 343-6.
- Nicourt B. Le lien de causalité. Médecine et Droit 1997 ; 26 : 10-4.
- Roche L. Le lien de causalité en droit commun. J Med Leg Droit Med 1993 ; 36 (3/1) : 175-90.

Que faire en cas de conflit avec un patient ?

Patient revendicateur face aux soins donnés

Prévention du conflit

La prévention de ces situations est la première mesure. Elle impose :

- une qualité particulière dans le contact avec le patient ;
- et un état d'esprit de « prudence médico-juridique ».

La qualité de la relation avec le patient est primordiale durant toutes les années du suivi médical du dossier, afin de toujours tenter de créer une atmosphère détendue et agréable. De ce type de démarche doit naître non pas une relation amicale – nous ne sommes pas là pour cela – mais une relation cordiale et sereine qui permettra, en cas de besoin, d'être plus à même d'expliquer et de rassurer, pour l'un, de comprendre et d'écouter, pour l'autre. Car on s'aperçoit très souvent qu'une explication simple, claire et suffisamment précise peut aisément désamorcer un conflit naissant, débutant volontiers par une question désagréable.

On s'aperçoit en effet, au fil des années et au fil des expertises, que les conflits naissent certes de l'échec d'un événement médical ou chirurgical « aigu », mais également très souvent d'une série de « situations », d'impressions, au cours desquelles le patient (ou sa famille) se sent humilié, floué... méprisé par le « monde médical », où « les docteurs s'enferment dans leurs bureaux », sans « considération » pour les patients et leurs familles...

Il n'est pas rare d'entendre les plaignants parler de manque de soins ou de diligence, certes, mais aussi de manque d'égards.

Prenons bien garde à rester accessibles, toujours respectés, sans aucune hésitation, mais proches et « approchables » par nos patients, et en gardant toujours à l'esprit qu'un peu de patience et de bonne volonté suffit souvent à désamorcer un conflit qui, par la suite, peut évoluer de façon judiciaire, éventuellement pénale...

Marche à suivre en cas de contestation

En cas de contestation d'une de nos actions, diagnostique ou thérapeutique, ou « simplement » relationnelle, il faut :

- accepter le principe de la rencontre, sans pour autant céder obligatoirement aux exigences d'horaire ou de calendrier ;
- laisser parler les gens : ils sont venus dire quelque chose, se plaindre et exprimer une souffrance ou contester une attitude que nous avons prise. En outre, si nous ne savons pas ce qu'ils demandent, nous ne pourrions pas leur répondre efficacement ;
- rester toujours courtois, ne pas s'énervier, ne pas s'emporter... ;
- analyser avec l'interlocuteur les éléments du dossier, qui reste la propriété du médecin, dont il peut donner copie, mais dont il ne doit pas se dessaisir ;

- reprendre l'histoire de la maladie, les examens complémentaires, les courriers, envoyés ou reçus, rappeler ce qui a été dit, l'acceptation verbale de telle ou telle position, le refus ou l'opposition à la réalisation de tel ou tel examen (notion à consigner dans le dossier lors de la consultation litigieuse) ;
- parfaitement connaître le sujet et se documenter avec des références récentes pour être incontestable, permettant de convaincre l'expert, faute de convaincre le plaignant ;
- ne pas laisser proférer de propos déplacés, *a fortiori* de menace en pensant qu'il ne faut pas contrarier son interlocuteur ;
- ne pas s'excuser si on n'a pas à le faire. Admettre le côté difficile d'une situation et exprimer de l'empathie ne signifie pas admettre une faute et une responsabilité ;
- ne pas nier les évidences ;
- en dernier lieu, si le ton monte, rappeler calmement qu'une éventuelle action judiciaire de la part du patient ou de ses ayants droit pourrait se heurter à une procédure pour plainte abusive ou pour diffamation de la part du médecin incriminé à tort ;
- prévenir impérativement son assureur, par une déclaration simple relatant les faits et les données de l'entretien ;
- avoir un dossier régulièrement tenu, quel que soit le patient, car l'entourage d'un vieil ami soigné depuis des années sans faire de dossier (!) peut se révéler plus que sourcilieux en cas de complication... ;
- prendre le temps d'expliquer préalablement les choses à ses patients, et éventuellement de les réexpliquer lors d'un nouveau rendez-vous ;
- conserver ses archives le temps voulu (la prescription est maintenant de 10 années en matière civile et administrative, à dater de la consolidation des lésions, mais attention aux délais qui se prolongent !) et les preuves d'information ou les courriers aux confrères ;
- conserver les preuves d'information ou les courriers aux confrères ;
- noter sur le dossier l'information ou l'attitude du patient qui paraît non conforme à sa sécurité (« informé ce jour du risque de..., je rappelle ce jour le risque de..., j'informe une nouvelle fois qu'il devrait... », tous éléments qui ne sont certes pas des preuves mais des éléments de présomption) ;
- ne pas oublier de renforcer cette présomption d'information par un courrier au correspondant (un courrier recommandé avec accusé de réception à son patient n'est pas chose facile, mais mieux vaut perdre la clientèle d'un patient que perdre un procès) ;
- toujours parler à ses patients et ne pas considérer que le corps médical soit intouchable et toujours parfait.

Grands principes à respecter

Si l'on devait dégager de grands principes simples relatifs à ce genre de rendez-vous... désagréable, on pourrait dire :

- toujours tenter d'apaiser les tensions, sans se laisser atteindre, même si on est en tort.

- la question n'est pas « d'avoir raison à tout prix », mais de faire admettre au patient que sa démarche n'est pas justifiée.

Les règles préventives sont fondamentales. Elles doivent être de bon sens médical et « de bonne civilité », mais également s'adapter à l'évolution de la jurisprudence.

Patient devenant agressif

Cette situation n'est hélas pas exceptionnelle. Survenant en général de façon brutale, les violences verbales peuvent dans certains cas être suivies de menaces physiques.

Ce genre d'attitude peut être engendrée par diverses situations, notamment la découverte d'une irrégularité face à la carte Vitale, ou toute autre fraude d'identité, ou par le refus du médecin de souscrire à une demande d'arrêt de travail ou de certificat tendancieux.

De la même façon, il faut chercher absolument à calmer le jeu, mais également à montrer fermement que le médecin est dans son bon droit dans son attitude.

Ces situations peuvent également donner lieu à des menaces d'action pénale, dont la perspective n'est jamais agréable, bien évidemment, ce que ce genre de personnage sait parfaitement.

Il est très souhaitable de contacter le Conseil de l'Ordre et à ne pas hésiter à déposer une déclaration en main courante relatant les faits, déclaration **anonymisée** dont on adressera une version **non anonymisée** au conseil de l'Ordre départemental.

Le dépôt d'une plainte doit être motivé et ne se fera qu'après en avoir discuté avec son avocat. En effet nous pourrions à notre tour nous faire piéger au jeu de la plainte pour plainte abusive non fondée et de la violation du secret...

À retenir

Être courtois et sûr de soi, compétent, correct, disponible mais pas « aux ordres », en réexpliquant les divers éléments mais sans se laisser impressionner par d'éventuelles menaces, et surtout tenter absolument d'apaiser les tensions lors de ce qui peut constituer la dernière entrevue avant une éventuelle procédure, telle est la mission du médecin recevant ce genre de visite. Il faudra que le patient finisse par admettre que son projet n'est finalement pas fondé. Mais la meilleure prise en charge de cette question est préventive par la qualité des rapports avec nos patients et les précautions dans la tenue du dossier. Quant aux violences verbales et/ou physiques, il faut apprendre à s'en méfier, même si elles restent absolument exceptionnelles...

Que ne pas faire en cas de conflit avec un patient ?

Il est important de suivre les recommandations suivantes :

- ne pas reconnaître une faute dont on n'est pas responsable ;
- ne pas refuser le contact ;
- ne pas se faire d'emblée accompagner par un confrère (atmosphère de « collusion médicale ») ;
- ne pas avoir une attitude déplacée ;
- ne pas protéger de façon indue un collaborateur ou un confrère ;
- ne pas accuser un collaborateur ou un confrère, même si l'on estime qu'il n'est pas irréprochable ;
- ne pas se laisser décontenancer par son interlocuteur ;
- ne pas chercher à décontenancer son interlocuteur ;
- ne pas crier, même si l'autre crie. Conclure alors par : « Je constate que malheureusement vous ne me laissez pas répondre aux questions. Il faut être constructif et si vous me posez des questions, il faut me laisser y répondre. Faute de quoi, ce rendez-vous n'a pas de raison d'être et je vais y mettre fin... ».

La question n'est pas « d'avoir raison à tout prix », mais de faire admettre au patient que sa démarche n'est pas justifiée. C'est un élément fondamental, le but étant d'apaiser les passions et non d'affirmer sa position de façon péremptoire. Cet entretien est destiné à désamorcer un conflit, non à l'activer.

À retenir

Ne pas chercher à manipuler l'autre et ne pas se laisser manipuler, ne pas donner l'impression d'un mur de collusion médicale infranchissable, expliquer encore et toujours et chercher avant tout à maintenir un contact qui seul peut aider à trouver quiétude et sérénité, mais sans se laisser impressionner par d'éventuelles menaces, et surtout tenter absolument d'apaiser les tensions lors de ce qui peut risquer de constituer la dernière entrevue avant une éventuelle procédure, telle est la mission du médecin recevant ce genre de visite, afin de se protéger sans risquer de « braquer » son contradicteur.

Existe-t-il des voies non judiciaires de règlement des conflits ?

Les conflits peuvent naître d'une simple incompréhension ou d'une absence de dialogue. La solution de ce conflit ne passera cependant pas forcément par une action judiciaire, cette option de repli étant dans l'esprit de la loi du 4 mars 2002.

En dehors d'un règlement contentieux, il est en effet possible de régler ces différends par les MARC, « modes alternatifs de règlement des conflits », faisant souvent intervenir un tiers qui aura pour charge d'organiser la rencontre et de tenter de parvenir à un résultat en faisant montre d'impartialité, d'objectivité et de compétence.

Médiation – Conciliation

Elle réunit les parties et un médiateur, qui est chargé de concilier les points de vue. Le médiateur est un observateur. Il n'est pas là pour donner un avis sur le fond du dossier ni prendre parti, mais pour permettre aux parties de se rencontrer et les inciter à un rapprochement des points de vue dans le but de mettre fin au contentieux.

Un expert judiciaire ne peut tenir ce rôle lors de ses opérations d'expertise, car il doit se tenir exclusivement à la mission pour laquelle il a été désigné.

Le médiateur peut en revanche être un magistrat chargé du dossier : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties » (art. 21 NCPC).

L'ONIAM, création de la loi du 4 mars 2002, au travers des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI), est chargée de faciliter le règlement amiable non seulement des litiges relatifs à des accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, mais également des autres litiges survenant entre médecins et patients. Les CRCI siègent soit en formation d'indemnisation, soit en formation de conciliation. Dans leur forme « conciliation », elles tentent de réunir les positions des contradicteurs afin d'éviter le recours judiciaire. La CRCI peut demander l'avis technique d'un expert. La saisine de la CRCI n'empêche ni ne retarde toutefois la saisine judiciaire. Si celle-ci est engagée, le plaignant en informe la commission, qui suspend les délais de prescription. L'avis de la commission intervient dans un délai de six mois et ne peut être contesté que devant la juridiction compétente. L'aspect indemnitaire est évoqué dans en partie IX de cet ouvrage.

La loi du 4 mars 2002 prévoit la mise en place d'une conciliation (art. L.1142-22 CSP) pour tout conflit avant de recourir à la phase de procédure. Cette médiation est toutefois facultative. Elle sera proposée soit par le Conseil de l'Ordre si c'est lui qui est saisi d'un litige, soit par l'hôpital en cas de contestation d'une action hospitalière. Cette médiation peut alors être assurée par un conciliateur, choisi le cas échéant sur la liste des experts judiciaires, ou toute autre personne agréée par les parties.

Tableau 8.1**Modes alternatifs de règlement des conflits**

Médiations Les parties, le médiateur	Arbitrage Les parties, l'arbitre	Transaction Les parties, les conseils
Trouver un terrain d'entente, Bénéficie d'une nouvelle explication souvent initialement mal comprise	L'arbitre prononce sa sentence, souvent sans possibilité de recours judiciaire ultérieur	La transaction est un échange de concessions
Explication pour désamorcer un conflit	La sentence arbitrale s'impose aux parties	Valeur de contrat définitif
« Explication de texte » mais personne ne s'engage	Valeur juridictionnelle	Autorité de la chose jugée

L'action du médiateur de la République s'inscrit globalement dans le cadre de ce souci de rapprochement des points de vue.

La médiation est une zone de rencontre destinée à éviter qu'un contentieux n'accède au rang de la procédure judiciaire.

Arbitrage

Les parties s'entendent sur le nom de l'arbitre et sur sa mission, éventuellement assortie d'une faculté de renonciation à « ester » en justice. L'arbitre peut être choisi sur la liste des experts judiciaires. Il reçoit les parties, analyse avec elles le dossier et rend sa sentence, qui a valeur juridictionnelle. L'arbitrage se conçoit pour l'évaluation de la responsabilité et celle du préjudice. L'arbitre ne pourra toutefois préciser le quantum financier, mais seulement coter le préjudice. Ce sont les régleurs (assureurs) qui feront des propositions chiffrées à la victime. Un expert judiciaire ne peut tenir un rôle de conciliateur ni d'arbitre entre les parties dans le cadre de sa mission. L'arbitrage, par le fait que la sentence est prononcée en dernier ressort au choix des parties, constitue une exception au monopole juridictionnel exercé par les magistrats professionnels au nom de l'État.

Transaction

Troisième voie possible de règlement non judiciaire des conflits, c'est un contrat par lequel les parties « terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître » (art. 2044 CC), et qui régleme une des voies de sortie d'un litige concernant les dispositions notamment financières du règlement. Une offre de transaction est en général proposée par l'assureur du médecin à la victime, ce qui présente l'avantage de la discrétion pour le médecin, et celui de la rapidité du règlement pour le bénéficiaire. Mais la transaction n'a de valeur que par l'existence de concessions réciproques ; elle acquiert alors la « force de la chose jugée » (art. 2052 CC). Naturellement, la contrainte d'une partie détruit cet effet. Une transaction peut prévoir contractuellement le principe de la réévaluation du préjudice et donc de l'indemnisation en cas d'évolution péjorative, mais uniquement dans le cadre d'un préjudice nouveau et distinct de celui déjà indemnisé (notamment,

infection nosocomiale, maladie thromboembolique, etc.). La transaction est dénonçable dans un délai de 15 jours par RAR. Les termes de la transaction doivent préciser les chefs de préjudice et d'indemnisation, poste par poste, l'évaluation ne pouvant se faire *in globo* au risque de nullité, « la notion d'allocation globale étant contraire à l'ordre public ». Une fois la transaction entérinée, son objet ne peut plus être porté devant une juridiction, contrairement à un protocole d'accord, mesure transitoire sans caractère définitif, ne constituant le cas échéant qu'une étape de la négociation.

À retenir

Les modes alternatifs de règlement des conflits (tableau 8.1) présentent des avantages certains, de discrétion, de rapidité. Ils sont assortis de règles de sécurité à l'égard du justiciable, impartialité, objectivité, compétence. Médiation/conciliation, arbitrage et transaction se partagent cette charge.

Pour en savoir plus

Guillaume-Hofnung M. La médiation. *In* : Les modes alternatifs de règlement des litiges. AJDA 1997 ; numéro spécial.

Levasseur A. Les transactions : l'exemple de l'AP-HP. *In* : Les modes alternatifs de règlement des litiges. AJDA 1997 ; numéro spécial.

Picard J. La médiation civile. Responsabilité 2004 ; 15 : 13–5.

Vayre P. Transactions extrajuridictionnelles : le règlement amiable des complications des actes médico-chirurgicaux. Gazette du Palais 2002 ; 170 (1) : 27–30.

Faut-il souscrire une assurance professionnelle ?

C'est un non-sens d'exercer sans assurance professionnelle, un peu comme de rouler sans assurance automobile.

C'est en outre devenu contraire aux dispositions légales, puisque la loi du 4 mars 2002 fait obligation à tout médecin de s'assurer auprès d'une assurance notoirement solvable, en définissant précisément auprès de son assureur les modalités exactes de son mode d'exercice afin d'être garanti au plus proche du risque encouru. Cette disposition concerne logiquement les médecins exerçant des responsabilités de diagnostic et de soins, autrement dit exerçant une médecine clinique, considérant que la médecine pratiquée dans le cadre de l'industrie pharmaceutique ne revêt pas les mêmes obligations. La loi du 4 mars 2002 punit le contrevenant à une peine de 45 000 € d'amende et des peines complémentaires (art. L.1142-25 CSP), l'article L.1142-2 du même code prévoyant qu'en cas de carence de cette obligation, « l'instance disciplinaire compétente peut prononcer des sanctions disciplinaires » (voir fiche 3).

Dans l'esprit d'une assurance « adaptée au mode d'exercice », il faut entendre également la médecine d'expertise, et il est logique dès lors que l'assureur soit informé de ce que le médecin qu'elle garantit pratique des expertises, situations dans lesquelles sa responsabilité peut être engagée à plusieurs titres (voir fiche 101), cet élément devant figurer explicitement sur un avenant délivré au médecin.

L'absence d'assurance, ou la mauvaise adaptation du contrat au mode réel d'exercice, et donc à un éventuel sinistre, imposeront, en cas de condamnation à une indemnisation de la victime, le recours au fond de garantie.

La Cour de cassation a publié, en date du 21 février 2008, un arrêt concernant l'obligation d'assurance du médecin, se prononçant semble-t-il pour la première fois sur l'application des dispositions de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité médicale, et venant spécifiquement préciser la situation de l'assurance du corps médical vis-à-vis de l'obligation d'assurance professionnelle des médecins (Cass. civ. 2, 21 février 2008, 07-14.293, FS-P B.) : Le Dr A. est assuré en responsabilité civile professionnelle auprès de la compagnie C. jusqu'au 31 décembre 2001 et par la compagnie D. à partir du 1^{er} janvier 2002. Le 7 décembre 2000, M. A. a opéré Mme B. On constate *a posteriori* en 2003 l'oubli d'un morceau d'aiguille dans le champ opératoire. Mme B. assigne le Dr A. et ses assureurs pour obtenir réparation. La Cour suprême casse un arrêt qui avait retenu la responsabilité du praticien mais surtout l'engagement de son assureur initial. En effet, **un contrat d'assurance de responsabilité civile professionnel tel que prévu dans la loi du 4 mars 2002 (art. L.1142-2) et conclu antérieurement au 31 décembre 2002 garantit les dommages dont la première réclamation est formulée postérieurement à cette date et moins de cinq ans après l'expiration ou la résiliation de tout ou partie des garanties.**

« Selon le premier alinéa de l'article 5 de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité médicale, l'article L.251-2 du Code des

assurances s'applique aux contrats conclus ou renouvelés à compter du 31 décembre 2002. Selon le second alinéa du même article, sans préjudice de l'application des clauses contractuelles stipulant une période de garantie plus longue, tout contrat d'assurance de responsabilité civile garantissant les risques mentionnés à l'article L.1142-2 du Code de la santé publique, conclu antérieurement au 31 décembre 2002, garantit les sinistres dont la première réclamation est formulée postérieurement à cette date et moins de cinq ans après l'expiration ou la résiliation de tout ou partie des garanties, si ces sinistres sont imputables aux activités garanties à la date d'expiration ou de résiliation et s'ils résultent d'un fait générateur survenu pendant la période de validité du contrat.

« Par suite, viole ce texte et l'article 809 du Code de procédure civile une cour d'appel qui condamne en référé une société d'assurance garantissant la responsabilité professionnelle d'un médecin à verser une provision à la victime d'une faute médicale, révélée le 15 décembre 2003, tout en constatant que le contrat d'assurance avait été conclu avant le 31 décembre 2002 et que le fait dommageable était intervenu le 7 décembre 2000, pendant la période de validité d'un précédent contrat souscrit auprès d'une autre société d'assurance » (2^e civ., 21 février 2008, CP n° 07-14.293, CA Paris, 6 décembre 2006).

À retenir

Il est inconcevable d'exercer sans assurance professionnelle, y compris lors d'un exercice exclusivement hospitalier. C'est non seulement une question d'élémentaire bon sens mais, en outre, depuis la loi du 4 mars 2002, une obligation légale.

En quoi le droit médical britannique diffère-t-il du droit médical français ?

En Grande-Bretagne, la responsabilité médicale est fondée sur la faute. Il s'agit d'une implication essentiellement civile, l'action pénale étant, comme aux États-Unis, assez anecdotique, et dépourvue de la faculté de constitution de partie civile. Le contentieux médical britannique a vu une augmentation majeure de 1 500 % (15 fois !) dans les dix dernières années ! En France, la responsabilité est également fondée sur la faute, mais l'évolution de la mise en jeu de cette responsabilité – pour importante qu'elle soit – est beaucoup moins explosive qu'outre-Manche, au vu des données statistiques de la MACSF et du Sou médical, qui assurent 70 % des médecins libéraux français. En effet, on compte une augmentation de 330 % de 1985 à 2002, et une augmentation de 450 % de 1987 à 2001 pour la SHAM, qui assure 60 % des lits d'hospitalisation, publics ou privés.

Le droit médical britannique fonctionne sur le principe de la *Common Law*, qui opère sur les faits établis, concept pragmatique, contrairement aux principes du droit français en matière médicale notamment, où l'on part d'un texte législatif pour en déduire une décision de justice, quitte à s'inspirer de la jurisprudence existant en la matière.

L'exercice de la responsabilité civile se conçoit dans un cadre délictuel pour l'activité hospitalière (*National Health Service*, ou NHS). Dans ce cadre, le patient doit établir que la faute du médecin réside dans l'absence de diligence normale à son égard, à savoir celle qu'aurait eu tout autre médecin agissant normalement au vu des règles habituelles de la profession. C'est une approche *in abstracto*. Le médecin pourra alors établir que sa responsabilité n'est pas engagée s'il peut prouver qu'il a agi « conformément à une pratique jugée adéquate par un corps médical compétent d'experts dans ce domaine particulier de la médecine » (*Bolam vs. Friern hosp. Management committee*, 26 février 1957). En revanche, une suspicion de faute manifeste renverse la charge de la preuve et contraint le médecin poursuivi à démontrer qu'il n'a pas en l'espèce commis de faute.

En France, la responsabilité médicale civile ne se conçoit que dans une activité libérale, car à l'hôpital, dans le cadre d'une activité salariée, c'est l'hôpital lui-même qui est responsable, pas le médecin (du fait du caractère administratif de l'activité médicale du médecin). Pour autant, le principe contractuel s'applique également à cette responsabilité.

En Grande-Bretagne, le principe de la procédure est « accusatoire », c'est-à-dire que les parties assurent l'aspect « inquisitoire ». En France, la procédure est inquisitoire, et c'est le juge qui en assure l'exécution : désignation de l'expert, réception du rapport au greffe, etc.

L'établissement du lien de causalité entre faute et dommage reste bien naturellement à la charge du demandeur dans les deux pays. En Grande-Bretagne, le principe de causalité est « *on the balance of probability* » (« plus probable

que non »), ce qui rappelle la définition du philosophe André Comte-Sponville : « L'expert judiciaire se prononce entre le certainement faux et le possiblement vrai. » En France, la causalité doit revêtir un caractère « certain, total et direct ».

Dans une pratique libérale, il existe un contrat qui lie le médecin et son patient, tout comme dans le droit français. **La charge de la preuve est vers le patient**, qui devra prouver la carence de son médecin.

L'obligation britannique d'information concerne le diagnostic, les traitements proposés, les effets secondaires et les solutions alternatives (« devoir de vigilance »). Le délai de conservation du dossier est de dix ans, sauf en matière obstétricale où il est de 25 ans. Les modalités de l'accès au dossier permettent une transmission directe des informations, dans un délai de 21 à 40 jours, à l'exception de données faisant intervenir des questions de santé mentale. **L'indemnisation** passait obligatoirement par une action judiciaire (*court action* ou *trial*). Cependant la procédure judiciaire est longue et onéreuse et la plupart des contentieux ne parviennent pas jusqu'aux tribunaux. Cette situation a donné lieu à l'apparition de la réforme de la procédure civile en avril 1999, rendant facultatif le caractère systématiquement judiciaire de l'action en indemnisation, qui reste accessible cependant en cas d'obstacle ou d'échec de la transaction.

Enfin, en Grande-Bretagne, **la recherche d'une responsabilité disciplinaire est fréquente**, mais il faut noter un élément extrêmement particulier : les autorités disciplinaires sont qualifiées pour juger non seulement des actes professionnels contraires à l'esprit médical, mais aussi – extravagance ! – du comportement personnel relevant exclusivement de la vie privée, disposition inenvisageable en France, où le Conseil de l'Ordre se contentera de porter un avis sur le comportement du « mis en cause » **en tant que médecin**, sauf si son comportement à titre privé porte atteinte à l'honorabilité de la profession.

À retenir

De nombreuses différences distinguent les deux systèmes, notamment l'étonnante intervention de la juridiction disciplinaire dans la vie privée. Mais de façon moins anecdotique, les trois éléments marquants sont que l'action pénale est très sporadique, que le droit britannique est beaucoup prétorien (*Common Law*) que le droit français, et que la procédure est accusatoire outre-Manche, inquisitoire chez nous.

Remerciements au Pr Simon Taylor pour son interview, en octobre 2005, à Paris.

Pour en savoir plus

Chenal F, Roca H, Van Den Heuvel T. Les droits des malades en Europe : comparaison des législations de certains pays voisins de la France. *Actualités JuriSanté* 2003 ; 43 : 4-9.

Duigou N, Ellie A, Teillard C. La responsabilité médicale en Europe. *Actualités JuriSanté* 2003 ; 43 : 10-4.

Moreteau O. Droit anglais : particularisme et Union européenne. *Gazette du Palais* 15-16 février 1995 : 2-6.

Thomas P. La réparation du préjudice corporel en Grande-Bretagne. *Rev Fr Dommage Corp* 1989 ; 15 (4) : 413-7.

Le droit médical américain est-il si différent du droit français ?

Les relations de nos voisins américains avec leurs médecins sont différentes de celles que l'on connaît ici. D'abord parce que, de notoriété publique, le comportement des patients et des avocats américains est tel que le risque de procédure est majeur aux États-Unis alors qu'il reste malgré tout assez modéré pour la plupart de nos spécialités en France.

Mais certains éléments marquent des différences presque encore plus fondamentales :

- il n'y a pas de contrat médical, mais un « statut », une « relation » ;
- il n'y a pas d'obligation d'assistance., dès lors que la relation médecin-malade est consensuelle et non contractuelle : « *A consensual relationship wherein patients knowingly seeks the assistance of the physician and the physician knowingly accepts the person as a patient* » (*Findlay vs. Board of sup'rs*, 1951, 72, Ariz 58, 230 p2d, 24 ALR2d, 841). Autrement dit, le patient se déclare patient, le médecin accepte de se déclarer thérapeute et ce consensualisme exclut de fait l'obligation d'assistance. On en déduit aisément que le délit de non-assistance, curieusement, n'existe pas en matière médicale ;
- le « délit civil » est la règle de fonctionnement juridique en matière de responsabilité médicale aux États-Unis. La responsabilité civile est donc de nature délictuelle, statut qu'elle a perdu en France depuis l'arrêt Mercier, qui lui a donné un statut contractuel : « *The law has adopted a tort model to govern malpractice cases* » (« Le droit a adopté un modèle délictuel pour pouvoir traiter les affaires de malfaçon [médicale] ») ;
- l'engagement de la responsabilité pénale reste anecdotique, le *District Attorney* (ministère public) exerçant le monopole des poursuites pénales. Par ailleurs, il n'y a pas de lien entre le civil et le pénal, le civil « tenant le pénal à l'écart ». La plainte se doit d'être reçue par le *sheriff* mais l'Américain consultera plutôt directement son avocat, à la différence du Français qui s'estimera « en droit » pour ne pas dire « en devoir » de déposer une plainte devant la juridiction pénale (voir fiche 49) ;
- le tribunal, dont le jury populaire sera examiné dans le plus grand détail par les parties avec de nombreuses récusations après analyse des résultats d'un questionnaire communiqué à chaque candidat juré (!), ne désigne pas d'expert. Chaque partie désigne son propre expert, comme au Royaume-Uni. C'est le jury qui décidera quelles conclusions de quel expert il devra finalement suivre. Cette situation apparaît inconcevable en France, où l'établissement d'une liste officielle d'experts judiciaires reconnus par une cour d'appel constitue une garantie de rigueur et de compétence, mais surtout d'impartialité ;

- en pratique, seuls 15 à 20 % des dossiers aboutissent à des condamnations indemnitaires. Mais le niveau financier de ces décisions est souvent infiniment plus élevé qu'en France ;
- en termes d'assurances, les primes sont en rapport avec l'incidence des poursuites et des indemnisations, dont la presse se fait régulièrement l'écho, à des niveaux souvent pharaoniques. Les assureurs américains ont cependant engagé récemment des réflexions avec le corps médical afin d'améliorer la prise en charge et de prévenir au moins une partie des litiges ;
- l'avocat américain n'acceptera souvent de plaider que des affaires « gagnables », et demandera un important pourcentage à son client (dépassant volontiers un tiers de la somme récupérée (C. Gautier) ;
- dernier point, fondamental, celui de la « *Class Action* » : le droit prétorien américain est normatif, et ses conclusions ont valeur de texte législatif. Cette situation très particulière est très différente des principes juridiques français. Elle a l'avantage de simplifier les processus mais a l'inconvénient de ne pas concevoir la notion de « cas d'espèces » de façon aussi nette que ne le fait le droit français, pour lequel les décisions de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ont une valeur majeure, mais uniquement jurisprudentielle, leurs conclusions n'ayant jamais de valeur de principe législatif.

À retenir

Le droit américain se distingue fondamentalement du droit français, avant tout par l'absence de notion de non-assistance et de relation contractuelle, la faute relevant du « délit civil ». La responsabilité pénale est très rarement engagée, ce qui peut apparaître étonnant étant donné l'état d'esprit des patients outre-Atlantique. Chaque partie désigne son expert et c'est le plus convaincant qui emportera l'adhésion du jury. Les primes d'assurance sont terriblement lourdes pour les médecins, fonction de la hauteur des indemnisations. Un collectif d'assureurs souhaite modifier les mentalités et accroître la prévention des sinistres en collaboration avec le corps médical.

Pour en savoir plus

- Bernardi M, François-Minot A, Terpereau M. La responsabilité médicale aux États-Unis. Actualité *JuriSanté* 2003 ; 43 : 15–7.
- Gautier C. Gestion du risque médical par les Américains : quelles leçons en tirer ? *Responsabilité* 2006 ; 6 (22) : 29–32.
- Loiseau P. Le civil tient le pénal à l'écart : quelques éléments de droit médical américain. *Gazette du Palais* 2000 ; 22/23 : 3–17.



Éthique

12	Que comportent les notions d'éthique et de déontologie du médecin ?	38
13	Que comportent les notions d'éthique et de déontologie du médecin expert ?	40
14	Quelle est la différence entre morale, éthique et déontologie ?	42
15	Que comportent les notions de base relatives à la bioéthique ?	43
16	Comment intervient la bioéthique dans le début de vie ?	45
17	Comment intervient la bioéthique dans la fin de vie ?	47
18	Jusqu'à où la permanence des soins est-elle une obligation ?	49

Que comportent les notions d'éthique et de déontologie du médecin ?

Principales orientations du Code de déontologie médicale

Le Code de déontologie médicale (CDM) comporte 114 articles qui réglementent nos « **devoirs généraux** », nos « **devoirs envers les patients** », nos « **rapports avec les autres médecins et les autres professions de santé** », notre approche de l'« **exercice de la profession** » et, enfin, des « **dispositions diverses** ».

Au-delà du texte propre de chacun des articles du Code de déontologie médicale, le médecin, jeune ou moins jeune, doit parvenir à s'imprégner de l'état d'esprit de ce code, permettant de toujours garder la tête haute face aux situations rencontrées dans le cadre de son exercice professionnel.

Des règles simples sont rappelées, des règles d'honnêteté intellectuelle notamment, des règles de correction, de courtoisie et de bonne conduite avec ceux à qui nous avons affaire dans notre exercice professionnel, tant les patients que les confrères.

Articles fondamentaux du Code de déontologie médicale

Parmi les points les plus marquants, on citera les articles concernant :

- le secret médical (4, 72, 73, 108) ;
- l'indépendance professionnelle (5) ;
- la conscience professionnelle (6) ;
- l'assistance à autrui (9) ;
- les « **arrangements illicites** » (19 à 31) ;
- l'efficacité de l'action de soin (32 à 34) ;
- l'information et le consentement (35, 36) ;
- l'humanité à l'égard du patient (37 à 44) ;
- les rapports de confraternité (56 à 64) ;
- la permanence des soins (77 et 78) ;
- la position du médecin expert (105 à 108).

Les articles qui ne sont pas cités dans cette énumération ne sont pas inintéressants, mais sont peut-être moins fondamentaux. Une autre lecture dans un autre état d'esprit pourra les identifier comme importants, et il n'y a dans ce choix aucun rejet, vis-à-vis d'un code qui, de toutes façons, s'impose à nous, mais simplement une « sélection » de ceux qui apparaissent plus fondateurs que

d'autres d'une vision technique, morale et humaine de cette profession et de son exercice.

À retenir

L'exercice de cette profession est impossible sans respect d'une éthique reconnue et transcrite dans le Code de déontologie médicale et le Code de la santé publique, d'une part, un comportement général, d'autre part, en accord avec ces préceptes.

Que comportent les notions d'éthique et de déontologie du médecin expert ?

Le système expertal est fondé sur des règles de fonctionnement qui constituent un code de bonnes pratiques, ou d'éthique.

Elles se rapportent à divers articles du Code de déontologie médicale, du Code de procédure pénale et du Nouveau Code de procédure civile. Elles sont rappelées dans le Code de déontologie de l'expert.

Elles touchent divers sujets :

- le secret médical ;
- le respect du contradictoire ;
- la compétence ;
- l'indépendance et l'impartialité ;
- le respect des règles de procédure et des dispositions réglementant la tenue de l'expertise en elle-même, et le dépôt du rapport.

Il est important de rappeler divers articles du Code de déontologie médicale, du Code pénal et du Nouveau Code de procédure civile.

Code de déontologie médicale

Article 4 : « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt de patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui aura été confié, mais ce qu'il aura vu, entendu ou compris. »

Article 72 : « Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment. Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle. »

Article 73 : « Le médecin doit protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quels que soient le contenu ou le support de ces documents. Il en va de même des informations médicales dont il peut être le détenteur. Le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publications scientifiques ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. À défaut, leur accord doit être obtenu. »

Article 105 : « Nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade. Un médecin ne doit pas accepter de mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services. »

Article 106 : « Lorsqu'il est investi d'une mission, le médecin expert doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la

technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités, ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent code. »

Article 107 : « Le médecin expert doit, avant d'entreprendre toute opération d'expertise, informer la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé. »

Article 108 : « Dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées, hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il aura pu connaître à l'occasion de cette expertise. Il doit attester qu'il a accompli personnellement sa mission. »

Code pénal

Article 226-13 : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. »

Article 226-14 : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans le cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

- à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de sévices ou privations dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur de quinze ans, ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, de son état physique ou psychique ;
- au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises. »

Code de procédure pénale

Les articles 232 à 279, qu'il serait trop long de détailler ici, organisent :

- la désignation de l'expert et la définition de sa mission ;
- la récusation ;
- les modalités d'exécution de la mission par l'expert.

La loi du 5 mars 2007 revisite certaines modalités pratiques du déroulement de l'expertise en matière pénale.

À retenir

Le médecin expert doit, tant dans son activité médicale que dans l'exercice de son activité d'expert judiciaire, se tenir aux règles de bonne conduite et d'éthique commandées par le Code de déontologie médicale et le Code de déontologie de l'expert judiciaire, et également le Code de la santé publique.

Quelle est la différence entre morale, éthique et déontologie ?

Le mot **morale** tire son origine du latin *mores*, « mœurs ». La morale a une approche philosophique. Pourtant, cette notion permet de distinguer le bien du mal et de transmettre à autrui une proposition d'attitude qui soit conforme à la finalité d'accès au « bien ». Rappelons-nous nos cours de morale à l'école communale... La morale peut s'appliquer en matière médicale comme en toute autre ; elle sera affectée d'une dimension très large dans le cadre de notre exercice professionnel.

L'**éthique** inscrit sa réflexion dans une notion de moralité, de morale, mais directement adaptée au sujet concerné, et pouvant induire des comportements ou en interdire d'autres, au nom de cette morale « appliquée » au contexte professionnel. L'éthique médicale est, si l'on peut dire, l'évaluation de l'aspect moral de notre profession, face aux grands problèmes « moraux, philosophiques, existentialistes » qui lui sont soumis. Elle permettra d'approcher philosophiquement mais également de façon pratique des problèmes de société, tels que la question de fin de vie, et l'actualité de 2009 nous renvoie à la question si controversée du rapport Léonetti et des commentaires qui s'y attachent, relativement au fait de légiférer ou pas sur la douloureuse et si difficile question de l'euthanasie (voir fiches 15 à 17).

La **déontologie** réglemente les rapports entre professionnels d'une même profession ou les rapports entre ces professionnels et le public. Notre Code de déontologie est un peu notre « règle du jeu » en matière de pratique médicale. Répartis en diverses sections, les nombreux articles qui le composent fixent les modalités de fonctionnement de la profession. Ce code sert de base de réflexion et de référence au Conseil de l'Ordre pour évaluer si le comportement d'un médecin a été conforme à l'esprit de la profession. Ce Code de déontologie comporte lui aussi des aspects clairement « moraux ».

À retenir

Morale, éthique et déontologie sont trois moyens d'approche « non technique » de notre exercice professionnel, s'accordant dans la notion de bien, de correction et d'honnêteté intellectuelle face au malade et à sa maladie.

Que comportent les notions de base relatives à la bioéthique ?

La bioéthique est née des « lois de bioéthique » datant des 1^{er} juillet 1994 (n° 94-548) et 29 juillet 1994 (respectivement n° 94-653 et 654).

Les **grands principes** sont les suivants :

- respect du corps humain ;
- gratuité et non-patrimonialité ;
- anonymat ;
- intégrité de l'espèce humaine et protection du patrimoine génétique ;
- liberté de la recherche.

Ces **lois** concernent :

- la recherche, notamment sur l'embryon ;
- les dons d'organes ;
- les tests et l'identification génétiques, à des fins médicales, ou judiciaires (civiles ou pénales) ;
- l'assistance médicale à la procréation ;
- le diagnostic prénatal et le conseil génétique ;
- les problèmes nés de la notion de maternité de substitution ;
- la liberté de la recherche.

Récemment, **des textes sont venus compléter cet arsenal**, notamment :

- la loi du 6 août 2004, concernant, outre le maintien de l'interdiction de la recherche sur l'embryon, la prohibition formelle du clonage reproductif, et la mise en place d'une Agence de bioéthique ;
- la loi du 9 août 2004, relative à la politique de santé ;
- mais surtout la loi Léonetti, relative aux malades en fin de vie ;
- et l'ordonnance du 22 mai 2008, relative aux dons de gamètes et à l'assistance médicale à la procréation.

Interrogé par le gouvernement dans l'optique de la révision de la législation sur la bioéthique prévue tous les cinq ans, en l'espèce pour 2010, le Conseil d'État a rendu le 6 mai 2009 un avis qui reste en droite ligne avec la position prise antérieurement.

En effet, la Haute Juridiction, considérant certes l'évolution de la société mais aussi la nécessité d'une ligne directrice cohérente, rappelle que les principes de bioéthique « ne sont pas contingents et ne peuvent changer au gré de l'évolution des sciences et des techniques » et propose « d'apporter certains aménagements aux règles actuelles, mais ne prône pas de bouleversements ». Elle émet en effet des recommandations visant à l'autorisation de la recherche sur les cellules souches embryonnaires, et la levée partielle de l'anonymat du don de gamètes.

En revanche, elle reste opposée à la notion de mère porteuse (procréation pour autrui) et à l'extension de la faculté d'assistance médicale à la procréation pour les mères célibataires et pour les couples homosexuels.

Par ailleurs, les « États généraux de la bioéthique », constituant une consultation de la « société civile », doivent être clôturés par les recommandations d'un groupe de pilotage et un discours du Président de la République dans le courant de l'année.

À retenir

Les lois de bioéthique ont pour but d'encadrer tant au plan moral qu'au plan légal les avancées de la science qui n'avaient pas été seulement envisagées préalablement : ainsi la question du don d'organes ou du don de gamètes, de procréation assistée ou de transplantation, mais aussi les questions relatives à la génétique d'identification, à des fins médicales ou à des fins judiciaires.

Comment intervient la bioéthique dans le début de vie ?

Ce chapitre ne constitue qu'un abord très limité d'un vaste sujet. Il doit être considéré comme une simple approche de la question.

Divers éléments de bioéthique sont passés dans certains aspects de la vie quotidienne.

Assistance médicale à la procréation (AMP)

Le droit à l'APM est issu de la loi du 29 juillet 1994.

Seul un couple composé d'un homme et d'une femme vivant ensemble, en âge de procréer et consentant à l'insémination, peut bénéficier de cette mesure. La loi du 6 août 2004 n'a pas élargi cette disposition aux célibataires, aux femmes ménopausées ni aux homosexuels.

Certains principes sont rappelés dans ce texte :

- gratuité du don ;
- consentement ;
- engagement à ce que l'embryon ne puisse être conçu qu'avec les gamètes d'au moins un des membres du couple.

Seuls les établissements de santé à but non lucratif peuvent pratiquer l'AMP.

Deux situations sont à distinguer : l'AMP avec ou sans intervention d'un tiers donneur.

Diagnostic prénatal (DPN) et conseil génétique

Les DPN sont des pratiques médicales ayant pour but de diagnostiquer *in utero* des malformations graves. Ce diagnostic peut mettre en évidence des anomalies morphologiques (agénésie ventriculaire, anencéphalie, par exemple) ou, biologiquement, des anomalies de type enzymopathies, permettant d'envisager une thérapeutique ou, à défaut, un avortement (article L.2213-1 CSP). L'esprit du texte vise à proscrire toute notion d'eugénisme.

Ces diagnostics sont très réglementés, notamment sur l'attribution du droit des établissements de santé à pouvoir pratiquer les diagnostics en question.

Les violations des obligations légales sont passibles de sanctions pénales.

Clonage humain

« Le clonage est la reproduction à l'identique soit de cellules vivantes, soit d'un organisme entier, en un ou plusieurs exemplaires » (E. Mombielli).

Le clonage reproductif vise à reproduire un être « complet » identique à un autre. Ce clonage humain est interdit. Le clonage thérapeutique permet

l'utilisation à but thérapeutique de l'embryon, pour en extraire des cellules souches omnipotentes. Ce type de clonage est également interdit. La loi du 6 août 2004 régit le clonage et qualifie le clonage reproductif de « crime contre l'espèce humaine ». En pratique, le passage de thérapeutique à reproductif est chose aisée, et donc formellement proscrite.

La réalisation d'un clonage thérapeutique est passible d'un emprisonnement de sept années (articles L.2163-3 CSP et L.511-17 et 18 CP).

La nécessité évidente d'une réglementation internationale sur cette question délicate se heurte à l'absence de contrainte des textes internationaux, comme notamment la déclaration des Nations-Unies sur le clonage des êtres humains (8 mars 2005).

Maternité de substitution

Le concept de mère porteuse s'est beaucoup développé ces dernières décennies, porté par la vague médiatique qui l'a sans doute amplifié, en tous cas dans l'esprit de son lectorat.

Une distinction doit cependant être faite entre :

- une mère porteuse qui porte un enfant si la femme du couple est stérile, et qui est alors cogénitrice avec les gamètes du père ;
- une mère porteuse qui est seulement gestatrice d'un œuf composé des gamètes de deux membres du couple, mais sans possibilité de développement utérin.

Le droit français interdit la notion de mère porteuse par la jurisprudence, tant administrative (CE 22 janvier 1988), que judiciaire (CC 13 décembre 1989), et par la loi (29 juillet 1994), assortissant son interdiction de sanctions pénales. Les contrevenants risquent 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Le Code civil affirme lui (article 16-6) que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

La cour d'appel de Paris a rendu le 25 octobre 2007 un arrêt reconnaissant sa filiation à un enfant né aux États-Unis d'une mère porteuse. « Le ministère public, (...) est irrecevable, (...) à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes. La non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique. »

À la lumière de cette décision, un groupe de travail du Sénat s'est penché sur la question. Les résultats de cette réflexion apparaissent ne pas susciter l'unanimité...

Les lois de bioéthique doivent faire l'objet d'une révision prévue en 2010. Celle-ci pourrait être l'occasion d'une évolution en ce sens. Bien étroit est le chemin entre progrès médical et philosophie et dérive fondamentale.

À retenir

AMP, DNP, réflexion sur le clonage et sur le concept de maternité de substitution constituent les domaines de compétence de la bioéthique du début de vie. Les lois de bioéthique encadrent les réflexions des groupes de travail. Elles seront révisées en 2010.

Comment intervient la bioéthique dans la fin de vie ?

Ce chapitre ne constitue qu'un abord très limité d'un bien vaste sujet. Il doit être considéré comme une simple approche de la question.

Euthanasie (« bonne mort »...)

Le problème est immense et se heurte tant à des questions de technique médicale qu'à des questions philosophiques ou religieuses.

Les récentes affaires ayant défrayé la chronique ont eu un effet de loupe sur ce sujet, qu'il s'agisse de cette femme porteuse d'une monstrueuse tumeur ORL déformant son visage et créant une souffrance intenable, ou du dossier du jeune Vincent Humbert. Car ce sujet ne concerne pas que des patients extrêmement âgés...

Il faut bien sûr distinguer :

- euthanasie passive (arrêt des soins à but thérapeutique en cas de pathologie sans espoir de guérison) ;
- et euthanasie active, consistant à administrer une substance ou un « cocktail » amenant à la mort (« potion de St Christopher », association de morphine et d'eau chloroformée, qui tire son nom du *St Christopher Hospital* à Londres, où il était utilisé dès 1934... aujourd'hui, d'autres produits...).

La notion de soins palliatifs est présente, et l'euthanasie peut s'opposer au concept d'acharnement thérapeutique. En France, l'euthanasie est interdite, tant active que passive. Elle reste un crime (article 21-1 CP).

Loi Léonetti

Ce texte vise à réglementer les conditions de fin de vie. Voici quelques-unes des notions principales :

- ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie ;
- si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abrégé sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L.1111-2, la personne de confiance visée à l'article L.1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical ;

- le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie ;
- toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

À retenir

On constate donc que cette loi est destinée à approcher la question de la fin de vie et de la fin de soins sans que pour autant un geste actif ne soit prévu et/ou autorisé. Ces questions sont difficiles et justifient une réflexion tranquille, à l'abri de toute passion. Elles abordent le droit à laisser mourir. La réflexion doit venir sereinement sur un sujet difficile, les participants devant être diversifiés, afin qu'aucune idée préconçue, d'aucun type, ne vienne polluer la sagesse des discussions.

Jusqu'où la permanence des soins est-elle une obligation ?

Le médecin doit assurer la permanence des soins auprès de ses patients. Cette obligation est fixée par le Code de déontologie, dans son article 47 : « Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins doit être assurée. Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins. »

Dans la pratique, cette notion impliquera à titre personnel la mention du numéro d'un service d'urgence sur les ordonnances, éventuellement du numéro de téléphone portable du médecin ou d'un numéro de domicile.

Mais l'obligation va plus loin : le Code de déontologie dispose dans son article 77 qu'« il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent ». Cette permanence des soins est organisée au niveau départemental de 20 h à 8 h les jours ouvrés et par ailleurs les dimanches et jours fériés, la liste étant pourvue par les médecins libéraux du département en liaison avec des comités départementaux, d'une part, les établissements de santé privés et publics départementaux, d'autre part. En cas de carence ou de contestation, le préfet peut prendre toute disposition pour réquisitionner un médecin afin que la continuité des soins soit effectivement assurée (art. R.733 CSP). Il est bien sûr prévu des mesures d'exemption de cette obligation, fonction de l'âge, de l'état de santé, ou de conditions d'exercice particulières de certains praticiens (les anatomopathologistes ne sont pas rompus aux urgences !), ces notions figurant également à l'article 733 du Code de la santé publique.

Le nouveau décret du 7 avril 2005 apporte plus de souplesse par rapport à celui de 2003, sur lequel était fondée la précédente situation. Le centre 15 assure une part fondamentale dans la permanence des soins, de même que les pompiers.

Dans la pratique, ce sont essentiellement les médecins généralistes qui sont confrontés à cette obligation, alors que les spécialistes concernés par l'urgence se voient exposés à la notion de permanence des soins dans le cadre des gardes et astreintes organisées dans les hôpitaux ou dans les cliniques dans lesquels ils exercent leur activité.

Au plan jurisprudentiel, il est intéressant de se pencher sur deux arrêts :

- Cour de cassation du 14 octobre 1997 (n° 95-21.390) : « Il ne saurait être reproché à une cour d'appel de retenir, au vu de l'expertise, que si un médecin gynécologue peut prévoir la naissance d'un gros bébé, il n'y avait pas, en l'espèce, de pathologie évidente nécessitant sa présence en permanence auprès de la parturiente, ou d'antécédents laissant penser que l'accouchement serait difficile et d'en déduire que ce médecin, qui donnait des consultations

à proximité de la clinique et qui avait immédiatement répondu à l'appel de la sage-femme, n'a pas commis de faute en laissant sa patiente sous la surveillance de celle-ci » ;

- Cour de cassation du 15 décembre 1999 (n° 97-22.652, n° 2021 P) : « En vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé privé est tenu de lui donner des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par leur état ».

L'analyse de ces deux arrêts permet de conclure effectivement que, d'une part, l'obligation de permanence des soins est une réalité directement liée au contrat unissant patient et médecin/établissement de soins et que, d'autre part, cette notion n'est pas une nécessité immédiate dès lors qu'il n'y a ni état clinique ou paraclinique préoccupant, ni antécédent ou contexte alarmant. Cela étant, ces éléments-là sont ponctuels et non prévisibles, et il s'ensuit que par principe, si le médecin doit organiser la permanence des soins – fût-ce par l'intermédiaire de l'information donnée à ses patients du numéro de téléphone du SAMU ou de tout centre d'urgence –, un établissement de soins ne peut envisager par ailleurs de ne pas prévoir l'éventualité d'une situation nécessitant des soins immédiats, et imposant de fait une permanence réelle des soins dans ses locaux.

À retenir

Les médecins libéraux sont incités à participer à l'action du SAMU par le biais de la régulation. On imagine que cette démarche comporte une formation particulière préalable, et de ce fait on peut s'inquiéter d'une éventuelle lourdeur, une participation à la permanence des soins eux-mêmes semblant plus appropriée.

Les deux entités majeures de terrain sont le SAMU, au 15, et les pompiers, au 18, le dévouement et la compétence des uns et des autres n'étant jamais pris en défaut.

On retient également les systèmes privés tels SOS-médecin, les Urgences médicales de Paris et la Garde médicale de Paris, en ce qui concerne la capitale, d'autres systèmes équivalents étant certainement organisés dans les villes de province et les maisons médicales de garde.

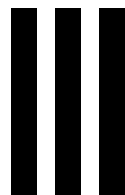
La permanence des soins constitue une obligation morale, juridique et déontologique. Elle doit s'exercer de façon harmonieuse entre les diverses structures responsables, privées et publiques, où le SAMU et les pompiers tiennent une part importante.

Le préfet a le pouvoir de réquisition envers un médecin.

La permanence des soins s'entend également dans les modes de remplacement dans un cabinet et la transmission d'informations au patient pour que celui-ci puisse toujours contacter un médecin.

Pour en savoir plus

Leclerc JC. Permanence des soins. Éditorial. Bulletin du conseil régional de l'Ordre des médecins des Hauts-de-Seine, Sept 2006, n°98.



Refus de soin

19	Refus de soins de la part du médecin : qu'est-ce que la clause de conscience ?	52
20	Refus de soin de la part du patient : quelle attitude devons-nous avoir ?	53
21	Comment se séparer d'un patient importun ?	57

Refus de soins de la part du médecin : qu'est-ce que la clause de conscience ?

Le médecin doit fournir à son patient des « soins attentifs et consciencieux, et conformes aux données acquises de la science » et assurer leur suivi (art. 32 et suivants CDM). Cette activité doit se faire sans distinction d'origine, de religion, de mode de vie, de situation familiale notamment, ce dernier terme permettant de considérer le caractère non exhaustif de cette liste et de l'étendre si besoin.

Mais, si la médecine est une relation contractuelle créant des obligations nées de ce contrat, elle n'en crée pas *a priori*. Les deux parties doivent être d'accord, chacune étant libre de refuser cet engagement, y compris le médecin sous certaines réserves, pour des raisons professionnelles ou personnelles.

La clause de conscience a été accordée aux « personnels médicaux et paramédicaux » intervenant dans des questions d'IVG par la loi du 17 janvier 1975, dite loi Simone Veil, car le législateur a admis cette question comme pouvant constituer un cas de conscience grave pour l'obstétricien ou la sage-femme.

Les motivations d'un refus de la part du médecin peuvent être variables, allant d'une motivation « strictement professionnelle » à une motivation... « strictement personnelle ». Le médecin aura alors la possibilité de refuser d'apporter ses soins et son concours à ce type de patient, **en dehors de toute situation d'urgence bien évidement**. L'article 47 du Code de déontologie médicale précise : « Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. Hors les cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. » Toutefois, il précise aussi que : « S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins. »

Le médecin a donc la possibilité sous certaines réserves de ne pas prendre en charge un patient. Toutefois, ce souhait – d'ordre personnel – devra passer après la nécessité – d'ordre public – de maintien des soins. Dans la pratique, il est bien clair que le médecin réquisitionné se pliera à cette obligation, et que c'est dans un cadre ponctuel qu'il pourra être amené, pour des raisons professionnelles, personnelles ou idéologiques, à refuser, dans certaines circonstances et hors urgence, ses soins à un patient donné.

À retenir

Le médecin doit soigner son patient, mais il lui est possible, dans certaines circonstances et en dehors de situations d'urgence, de refuser ses soins pour des raisons personnelles ou des raisons professionnelles, à la condition d'en aviser le patient et de l'orienter sans délai vers un confrère à même de reprendre la charge de cette mission.

Refus de soin de la part du patient : quelle attitude devons-nous avoir ?

Le contrat

Le contrat qui se crée entre le patient et son médecin oblige celui-ci à des soins « consciencieux et attentifs, conformes aux données acquises de la science ». Mais il n'y a aucune obligation de la part du patient d'accepter notre diagnostic et notre démarche thérapeutique, globalement notre vision de son dossier. À cela près que le contrat est « synallagmatique » en matière médicale aussi, imposant un engagement réciproque dans cet accord. Ainsi, le médecin s'engage à soigner selon les règles déjà mentionnées, mais le patient s'engage à le rémunérer et à suivre ses prescriptions. C'est cet « échange de bons procédés » qui va confirmer finalement l'existence de ce contrat équilibré entre ces deux cocontractants. Libre au patient de décider de ne plus être pris en charge par le médecin dont le diagnostic, l'attitude ou tout autre élément lui déplaisent, mais il doit alors l'exprimer clairement, rompant alors ce contrat de façon explicite.

« La volonté du malade doit être respectée à tout moment » (art. 36 CDM et L.1111-4 CSP), le médecin ayant l'obligation déontologique et juridique d'obtenir en permanence le consentement du patient aux investigations et soins proposés, ce consentement pouvant être retiré à tout moment (art. L.1111-4-3 CSP).

Qualité des rapports entre le médecin et le patient

Un autre élément consiste dans la profondeur et l'efficacité du pouvoir de persuasion du médecin à l'égard de son patient, car la difficulté naît de l'existence conjointe d'une obligation d'assistance et de secours dans notre profession.

Toute la question tient, là aussi, à la qualité des rapports que l'on a pu établir avec le patient, afin de maintenir coûte que coûte un dialogue, et faire en sorte d'être le plus persuasif possible. L'information doit être complète et précise, détaillant les éléments de la prise en charge et les conséquences médicales potentielles de ce refus (art. 1111-2-2 CSP), le médecin devant « tout mettre en œuvre pour convaincre [le patient] d'accepter les soins indispensables » si sa vie est en jeu (loi du 4 mars 2002). La question est souvent difficile, la production de la preuve de persuasion et d'explication est en pratique impossible à apporter. Cette situation se soldera par la nécessité d'apporter au magistrat des éléments de présomption de ce que le travail d'information et d'explication a été accompli dans les règles de l'art, d'une façon aussi complète que possible et adaptée à la personnalité du patient et à ses facultés personnelles de compréhension du dossier.

Dans les situations d'urgence

La situation se complique avec les situations d'urgence ou à l'égard des patients « protégés » : mineurs, incapables majeurs (voir ces points), nécessité d'une transfusion ou d'une chirurgie en urgence. Le médecin devra alors dans le premier cas informer sans délai le procureur de la République. Concernant le deuxième point, le Conseil d'État a rendu le 26 octobre 2001 un arrêt considérant que le médecin qui avait transfusé malgré son avis un patient en danger de mort refusant la transfusion pour un motif religieux n'était pas fautif d'une violation de l'opposition verbalisée d'un refus de soins.

Pouvoir prouver la délivrance de l'information

L'information doit être incontestable, éventuellement si possible renforcée par une lettre recommandée, complète, compréhensible et sans ambiguïté, et une lettre au médecin traitant (voir fiche 148). Elle doit également être mentionnée aussi précisément que possible dans le dossier comme ayant été délivrée, la reconnaissance écrite par le patient de la délivrance de cette information étant certes un élément important en cas de contestation, mais sûrement bien difficile à obtenir dans ce genre de contexte.

Un patient hospitalisé peut de la même façon s'opposer à la réalisation d'actes de diagnostic et de soins sur sa personne. En cas de danger, le médecin sera protégé de son action médicale par les termes de l'article 9 du Code de déontologie médicale : « Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires », la jurisprudence du Conseil d'État ayant validé de façon jurisprudentielle cette notion, notamment en 1982. Ce principe est repris par la loi du 4 mars 2002, qui complète toutefois le texte par une demande de conviction du patient par le médecin.

La Cour de cassation précise toutefois dans un arrêt du 14 mai 1997, « qu'un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient des dangers de l'acte médical qu'il demande ».

La question du toxicomane peut se poser dans ce contexte. L'article 355-18 du Code de la santé publique dispose que le médecin est autorisé à signaler ce toxicomane à la DDASS. Mais, d'une part, cela n'est pas une obligation, d'autre part, il n'y aura pas de véritable conséquence sur la question du refus de soin, puisque le signalement s'arrêtera à la DDASS et sera impossible vis-à-vis de l'autorité judiciaire, au risque de violation du secret.

Il faut également mentionner au plan jurisprudentiel l'arrêt du 19 mars 1997 (CC) : « Nul ne peut être contraint, en dehors des cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale. »

Jurisprudence

Arrêt du Conseil d'État du 18 mars 1994

« Les fautes commises par un médecin qui, après avoir établi le diagnostic certain de l'affection grave dont était atteinte l'une de ses patientes qui ne pouvait être traitée que par une intervention chirurgicale et, devant le refus de l'intéressée de

se soumettre à une telle intervention, a continué à la prendre en charge pendant deux ans en prescrivant des traitements qui ne pouvaient être utiles, mais qui n'en a pas tiré de profit pécuniaire et avait clairement indiqué à sa patiente la nécessité de l'intervention chirurgicale, ne sont pas exceptées du bénéfice de l'amnistie. ». L'attitude de ce confrère n'est pas constitutive d'un manquement à son obligation de moyens et d'assistance à l'égard de sa patiente, laquelle a délibérément choisi de s'opposer aux traitements radicaux proposés initialement par son médecin.

Arrêt n° 249552 de la Cour de cassation du 16 août 2002

« Le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale. Toutefois, les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale, une atteinte grave et manifestement illégale lorsque, après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état. Le recours, dans de telles conditions, à un acte de cette nature n'est pas non plus manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme, et notamment de son article 9. Il y a lieu toutefois d'ajouter à la réserve mentionnée par le juge des référés qu'il incombe au préalable aux médecins du centre hospitalier, d'une part, de tout mettre en œuvre pour convaincre la patiente d'accepter les soins indispensables, d'autre part, de s'assurer que le recours à une transfusion soit un acte indispensable à la survie de l'intéressée et proportionné à son état. »

Le patient majeur est donc libre d'exprimer son avis, au nom d'un principe de liberté fondamentale. Toutefois, le médecin qui, face à une situation de risque vital, transgresse ce choix du patient en le transfusant, ne viole pas ce droit fondamental dès lors qu'il s'est efforcé de convaincre son patient et que ce traitement était indispensable à sa survie.

« Signature de pancarte »

Un dernier point et non des moindres est celui de la « signature de pancarte » à l'hôpital. La signature d'un document par lequel le patient déclare refuser les soins devra comporter impérativement la date et l'heure, l'identité du patient et du médecin concerné, le diagnostic ou le risque diagnostique, le degré d'urgence, la nécessité d'hospitalisation, le refus du patient malgré le fait qu'une explication a été fournie à celui-ci sur les risques encourus en cas de refus d'hospitalisation. Un tel document – à conserver strictement dans le dossier – n'empêchera certes pas le patient récalcitrant de déposer une plainte pour non-assistance, mais sa production devant une juridiction a de bonnes chances d'emporter la conviction du juge sur le fait que le médecin a visiblement tout fait pour retenir son patient à l'hôpital et que le patient a volontairement et en pleine connaissance de cause pris le risque de se soustraire à la prescription qui lui avait été faite.

À retenir

Nul ne peut contraindre un patient à accepter nos soins. Le « contrat médical » issu de l'arrêt Mercier est cependant à double sens, compétence et soins d'un côté, et acceptation de la démarche de soins et rémunération de l'autre. Un refus de la part du patient ne doit pas risquer de mettre le médecin en position délicate au plan de sa responsabilité, et il doit faire en sorte de convaincre et d'emporter la preuve de sa démarche de conviction. Cette persuasion doit s'exercer autant que faire se peut, mais nul n'est tenu de convaincre un patient définitivement opposant. Le médecin devra cependant pouvoir apporter la preuve qu'une information adaptée a été apportée sur les risques encourus en cas de refus de soins.

Pour en savoir plus

Decroix G. Valeur de décharges de responsabilité. Responsabilité 2002 ; 8 : 17.

Sargos P. L'information du patient et le consentement aux soins. JurisClasseur, Droit médical et hospitalier ; 2003.

Comment se séparer d'un patient importun ?

Le Code de déontologie médicale prévoit en son article 47 que « quelles que soient les circonstances, la continuité des soins doit être assurée. Hors les cas d'urgence et celui où il manque à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins ».

Diverses situations, propres à la personnalité du patient, à son comportement social, à la connaissance que l'on a eue de certains agissements, peuvent inciter le médecin à se séparer d'un patient qu'il ne tient pas à continuer à prendre en charge. D'autres circonstances peuvent nous pousser à ce type d'attitude : attitude négligente ne respectant pas les prescriptions et faisant courir le risque d'engagement de la responsabilité du médecin, ou autre motivation encore...

Les choses doivent être dites, clairement. Mais cela n'est pas toujours suffisant. Alors c'est une phase beaucoup plus « millimétrée » qu'il va falloir mener, pour éviter de tomber sous le coup d'une mise en examen pour non-assistance à personne en péril... :

- informer le malade verbalement une première fois ;
- lui donner un rendez-vous au cours duquel le médecin lui indiquera qu'il ne veut plus le suivre et lui en donnera les raisons ;
- lui adresser, **en RAR**, une lettre de cette teneur :

« Madame, Monsieur,

Ainsi que j'ai eu l'occasion de vous le dire et pour les raisons que vous connaissez, je vous informe que, votre situation médicale ne constituant pas une urgence, je ne suis plus votre médecin.

Je vous informe que je transmettrai les éléments de votre dossier au médecin dont vous m'indiquerez le nom et l'adresse, et que je peux, si vous le souhaitez, vous proposer divers noms de praticiens.

Recevez mes salutations. »

Il est également très vivement conseillé d'informer le conseil départemental de l'Ordre de la situation, par écrit, après le cas échéant s'en être entretenu avec un conseiller ordinal pour les modalités de rédaction du courrier.

Dans cette lettre au conseil départemental, seront expliqués :

- le contexte ;
- les éléments permettant de montrer que le médecin a rempli son devoir ;
- les circonstances et les raisons pour lesquelles il estime ne plus pouvoir le remplir ;
- les termes de la lettre qu'il envoie au patient (copie jointe).

À retenir

Ce type de démarche est désagréable, mais pas forcément exceptionnel. Il faut impérativement se garantir du risque de plainte (au pénal, donc) pour non-assistance à personne en péril, dont la mauvaise foi – même patente – serait néanmoins à prouver. Au moindre doute sur la façon de procéder, il est prudent de se référer au conseil départemental dont on dépend.

N

Secret médical

22	Que concerne le secret médical ?	61
23	Quelles sont les possibilités et obligations de transgression du secret médical ?	65
24	Le secret médical existe-t-il entre médecin traitant et médecin du travail ?	69
25	Le secret médical existe-t-il en expertise ?	71
26	Le secret médical existe-t-il face à la famille et face aux héritiers du patient vivant/patient décédé ?	74
27	Doit-on respecter la demande de secret du mineur à l'égard de ses parents ?	76
28	Doit-on contacter les parents d'une mineure désirant faire pratiquer une IVG ?	77
29	Le médecin traitant peut-il opposer le secret au médecin expert ?	78
30	Une assurance peut-elle exiger du médecin traitant la communication d'un dossier médical ?	80
31	Le secret est-il aussi strict en matière de VIH que dans les autres domaines médicaux ?	82
32	Peut-on lever le secret médical à la demande du patient ?	84
33	La notion de secret médical doit-elle être appliquée avec la même rigueur face un détenu ?	86

34	Peut-on remettre un certificat médical au conjoint d'un patient ?	88
35	Est-il licite d'adresser un renouvellement de traitement sur demande téléphonique ?	89
36	Le secret médical empêche-t-il de dénoncer des sévices dont on a connaissance dans le cadre de l'exercice professionnel ?	90
37	Peut-on fournir des renseignements médicaux à un centre de Sécurité sociale ?	91
38	Quels sont les quatre aspects du secret médical en expertise ?	92
39	Comment archiver ses dossiers dans le respect du secret médical ?	94

Que concerne le secret médical ?

Champ d'application

« Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris » (art. 4 CDM). Le secret médical est absolu. Son contenu est explicitement mentionné dans le serment d'Hippocrate et dans cet article 4 du Code de déontologie médicale. Il est, outre la compétence médicale nécessaire, à la base de la confiance entre le patient et son médecin. Il est l'objet d'exceptions réglementées. Il a été imposé de fait par le corps médical avant de devenir une règle plus officielle puis juridique, d'abord avec l'arrêt Watelet (19 décembre 1885), puis surtout avec l'arrêt Degraene, le 8 mai 1947 (CC, Ch. crim.). « L'obligation du secret professionnel s'impose aux médecins comme un devoir de leur état. Elle est générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir. »

Définition jurisprudentielle

Il faut également citer un jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 5 juillet 1996, 17^e chambre, qui donnera lieu à appel puis pourvoi, lesquels confirmeront le bien-fondé de cette position. Cette décision définit précisément tous les tenants de cette notion de secret : « Le délit de violation du secret professionnel est institué non seulement dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions, mais également dans l'intérêt des particuliers, pour garantir la sécurité des confidences que ceux-ci sont dans la nécessité de faire à certaines personnes du fait de leur état ou de leur profession. La révélation d'informations à caractère secret porte donc atteinte à un intérêt pénalement protégé et autorise la victime à demander réparation du dommage individuel qu'elle a subi du fait de l'infraction. Si l'infraction a été commise avant la mort de la victime, l'action civile que possédait celle-ci se transmet à ses héritiers sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la victime avait ou non elle-même agi en justice avant son décès. Le délit de violation du secret professionnel suppose l'existence préalable d'un confident et d'un secret et se caractérise par un acte de révélation, et une intention coupable. Les informations à caractère secret protégées par la loi sont les renseignements que le confident recueille dans l'exercice de sa profession et de ses fonctions, auxquels il n'aurait point eu accès hors l'exercice de celles-ci. Le secret médical trouve son fondement dans la relation de confiance, indispensable à l'acte médical, qui assure au malade que ce qu'il confie, ou laisse voir, ou entendre ou comprendre à son médecin, confident nécessaire, ne sera pas révélé par celui-ci. Il importe peu que le fait divulgué par le confident ait déjà été

évoqué par la rumeur publique, ou même connu dans son ensemble : venant d'un professionnel autorisé, la confirmation transforme en un fait indiscutable ce qui n'était encore que supposition ou sujet de controverse. »

Conséquences

Le caractère général et absolu du secret médical induit des notions claires et complémentaires :

- le malade ne peut délier le médecin de son obligation de secret ;
- le secret doit être respecté, même après la mort du patient ;
- ce secret est opposable à tous, y compris à un juge, sauf au patient lui-même ;
- ce secret concerne les autres membres du corps médical, fussent-ils médecins, dès lors que ceux-ci ne participent pas à une démarche diagnostique ou thérapeutique ;
- le secret s'impose aux personnes ayant eu par profession l'occasion d'entrer en contact avec des notions couvertes par ce secret (cour administrative d'appel de Nancy, plénière, 30 mai 2002, n° 96NC03040 : « L'obligation faite au directeur d'un centre hospitalier de demander au conseil d'administration l'autorisation de défendre en justice sur la requête d'un agent hospitalier ne saurait avoir pour effet de le dispenser de respecter le secret médical s'attachant aux informations dont il a pu avoir connaissance dans l'exercice de ses pouvoirs propres de gestion du personnel. Commet une faute de nature à engager la responsabilité de l'établissement public hospitalier son directeur qui communique aux membres du conseil d'administration des informations contenues dans le rapport d'un expert médical portant sur un agent du centre hospitalier. ») ;
- le secret concerne également le simple fait de ne pas donner le nom d'un patient qui a consulté un médecin.

Limites et étendue du secret médical

Seule une disposition législative peut faire déroger au secret (voir fiche 23) (CE, 8 février 1989).

« On ne peut comprendre le secret médical qu'en affirmant clairement qu'il ne s'agit pas d'une fin en soi mais seulement d'un moyen au service du respect de la vie privée » (Hoerni, Benezech).

Le médecin est le « dépositaire » du secret (art. 226-13 CP), pas le propriétaire. Il ne peut en disposer librement.

Le secret s'étend à un « ensemble de faits secrets par leur nature dont [il] n'avait eu connaissance qu'à raison de sa profession » (aff. Watelet, CC, 19 décembre 1885). Le secret dès lors ne se cantonne plus à la simple constatation strictement médicale mais à tout ce qui entoure cette constatation, ce que le médecin aura appris, vu, compris, deviné au cours de son exercice professionnel. Il est la « pierre angulaire de la morale médicale » (Pasteur Valéry-Radot, Médecine à échelle humaine, Paris, 1959).

Jurisprudence : cas de violation du secret médical

On peut également citer la jurisprudence ci-après dans le cadre de la définition de conditions de recueil d'éléments couverts par le secret (CE, 4^e et 1^{re} s.-sect. réun., 7 février 1994) : « En faisant grief à un médecin d'avoir établi à l'intention de son frère en instance de divorce un certificat, rédigé sur son papier d'ordonnances, attestant, alors qu'il ne l'avait ni reçue ni donc examinée, que, selon ses connaissances médicales, sa belle-sœur semblait présenter tous les signes d'une névrose hystérique, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins n'a pas dénaturé les faits qui ressortaient du dossier qui lui était soumis.

« En estimant que la production d'un tel certificat, qui formule un diagnostic médical précis au sujet d'une personne qui n'était pas son client, constitue une violation du secret médical lequel, selon l'article 11 du Code de déontologie médicale, concerne tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession (probablement faut-il comprendre ici pas forcément **dans l'exercice**, mais **alors qu'il s'agit d'un médecin**), c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu et compris, ainsi qu'une violation de l'article 36 de ce même code qui enjoint au médecin d'élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, la section disciplinaire a exactement qualifié les faits ».

« En estimant que de tels manquements à la déontologie professionnelle sont contraires à l'honneur et par suite exemptés du bénéfice de l'amnistie, la section disciplinaire a fait une exacte application de la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988. »

Même s'il n'y a pas eu de confiance puisque la « victime » n'est pas la « cliente » du médecin, le fait pour un médecin de divulguer ainsi un diagnostic médical constitue une violation du secret, répréhensible dès lors que l'auteur de cette divulgation a qualité de médecin (voir *supra*, la dernière phrase du jugement du TGI de Paris, 5 juillet 1996).

Personnes concernées par le secret médical

Toute personne ayant eu, par profession ou par formation, l'occasion d'être informée d'un élément relevant du secret y est tenue, sans limite de délai. Cette notion s'étend aux divers médecins concernés par un dossier, cliniciens ou non (biologistes, radiologues) mais aussi aux étudiants en formation dans un hôpital, au personnel paramédical, aux secrétaires, et globalement à toute personne ayant été informée pour raison professionnelle d'un élément duquel elle n'aurait pas été informée en dehors de cette situation professionnelle, et touchant à la prise en charge médicale d'un individu.

Le secret s'applique à toute personne n'étant pas le patient, car le secret n'est pas opposable à celui-ci. Le patient peut donc demander un certificat à son médecin, le Code de déontologie prévoyant explicitement que le médecin ne peut refuser à son patient un état descriptif de son état de santé.

La question du secret vis-à-vis de la famille, et particulièrement en cas de maladie grave, engageant le pronostic vital, fait l'objet d'un point particulier dans cet ouvrage.

Jurisprudence particulière

Pour conclure cette question, on citera sans autre commentaire l'arrêt de la Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.), daté du 14 décembre 1999 (société Éditions Plon et autre contre consorts Mitterrand et autres) : « Il ne peut être reproché à une cour d'appel d'avoir condamné une société d'édition, éditeur de l'ouvrage intitulé *Le Grand Secret*, dont Claude Gubler est l'auteur, à verser des dommages et intérêts aux consorts Mitterrand, et d'avoir confirmé la mesure d'interdiction de diffusion du livre pour violation du secret médical, dès lors que la cour d'appel a retenu que toutes les informations publiées avaient été recueillies par M. Gubler à l'occasion de son activité de médecin personnel de François Mitterrand, de sorte qu'elles relevaient du secret médical – pussent-elles constituer, en outre, une atteinte au respect dû à la vie privée. Ayant constaté que la violation du secret médical était établie par un jugement pénal, les juges du second degré, qui ont retenu que l'exercice de la liberté d'expression pouvait donner lieu à certaines restrictions, notamment pour la protection des droits d'autrui, ont légalement justifié leur décision en décidant, souverainement, que la cessation de la diffusion de l'ouvrage était seule de nature à mettre fin à l'infraction pénale et au préjudice subi, qu'ils ont souverainement évalué. »

À retenir

Le secret médical concerne, selon l'expression consacrée, « tout ce qu'on aura entendu, vu ou compris au cours de l'exercice professionnel ». Cette notion s'applique à toute personne qui, par fonction temporaire ou par profession, a eu connaissance de ces éléments. En dehors des exceptions prévues par la loi d'une part, par la jurisprudence d'autre part, la violation du secret est punie par l'article 226-13 du Code pénal.

Pour en savoir plus

Gromb S. Le secret médical, un concept menacé. *J Med Leg Droit Med* 1995 ; 38 (7/8) : 565–9.

Manaouil C, Doutrelot-Philippon C, Gabrion A, Jarde O. Le secret professionnel en médecine du travail. *J Med Leg Droit Med* 2000 ; 432 (2) : 137–44.

Quelles sont les possibilités et obligations de transgression du secret médical ?

Principe du secret médical

Le secret médical est une donnée fondamentale de la confiance qui doit se créer entre le patient et son médecin, afin de faciliter le contact entre les deux acteurs de cette relation. Il concerne tout ce que l'on aura « vu, entendu ou compris dans le cadre de l'exercice professionnel médical ». Il est instauré dans l'intérêt du patient (art. 4 CDM). Complétant la législation en cours, la loi du 4 mars 2002 a établi que le patient a « droit au respect de sa vie privée et au respect des informations le concernant » (art. L.1104 CSP).

La violation du secret est un délit réglementé par l'article 226-13 : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. »

Pour autant, cette règle absolue souffre des exceptions, dont certaines sont obligatoires.

Déroptions au secret médical

Ces dérogations sont en effet dans l'intérêt du patient ou de la santé publique :

- déclarations de naissance et de décès sont impératives (art. 56 CC) ;
- déclarations de maladies vénériennes et de maladies contagieuses (art. R.11 et L.3113-3 CSP) sont également impératives ;
- déclarations d'accident de travail et de maladies professionnelles (loi du 30 octobre 1946), dans l'intérêt du patient et de la santé publique (art. L.461 CSS) ou d'indemnisation du Sida (art. L.3122-2 CSP) ;
- le caractère obligatoire de la déclaration concernant l'alcoolisme public (loi du 15 avril 1954) a été abrogé depuis la loi du 3 avril 1958 ;
- déclaration nominative obligatoire de la suspicion de maladie de Creutzfeldt-Jacob (décret du 19 septembre 1996) ;
- déclaration facultative de toxicomanie à la DDASS (art. 355-18 CSP) ;
- certificat établi par un psychiatre dans les 24 h suivant l'hospitalisation psychiatrique d'office, et rédaction régulière d'un certificat médical descriptif de l'état de santé de ce patient au cours de son hospitalisation (art. 3213-3 CSP) ;

- déclaration permettant l'hospitalisation à la demande d'un tiers, l'état de santé du patient rendant impossible son consentement et son état imposant des soins urgents (art. 3212-1 CSP) ;
- déclaration permettant d'établir que l'état de santé mentale d'un sujet, son état physique ou son « affaiblissement lié à l'âge » l'empêche d'exprimer sa volonté (art. 490 CC). Cette disposition sera complétée le cas échéant par un certificat rédigé par le médecin traitant permettant au juge des tutelles « d'organiser la protection des intérêts civils » du patient (art. 490-1 CC). C'est la question des personnes dites « vulnérables » ;
- les cas de maltraitance « peuvent » être signalés au procureur de la République avec l'accord de la victime (art. 226-14 CP) ;
- les patients jugés dangereux détenant une arme peuvent faire l'objet d'un signalement auprès du préfet de police, cette faculté n'étant en rien obligatoire. Cette disposition est relative à l'article 226-14 du Code pénal, à l'initiative de la loi 2003-239 du 18 mars 2003, autorisant le médecin à informer le préfet « du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent quelles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté l'intention d'en acquérir une » ;
- dans des cas graves, l'article 35 du Code de déontologie médicale prévoit qu'« un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite » ;
- la communication aux ayants droit du dossier d'un patient décédé, sous conditions (voir fiche 26) ;
- au sein d'une équipe de soins, la mise en commun d'informations à caractère secret ne se conçoit que dans l'intérêt du patient dans le cadre du bénéfice qu'il peut en tirer relativement au diagnostic et au traitement de sa pathologie (voir fiche 24) ;
- si la victime est un « mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, ou de son état physique ou psychique », l'article 44 du Code de déontologie médicale précise que le médecin « doit, sauf circonstances particulières qu'il estime en conscience, alerter les autorités judiciaires médicales ou administratives ». Cette simple faculté de dénonciation – sans obligation absolue – se protège certes derrière la notion de respect du secret mais risque fort d'apparaître comme une coupable négligence voire une complicité de sévices (art. 434-3 CP) et de ce fait de tomber sous le coup de la non-assistance à personne en danger. Il y a donc lieu dans ces circonstances d'être particulièrement circonspect ;
- l'expert saisi par une juridiction a l'autorisation de déroger au secret. En fait il s'agit ici de la requalification d'une personne non médecin (le magistrat), devenant apte à recevoir des éléments couverts par le secret médical, celui-ci s'imposant malgré tout au médecin expert dans le cadre de sa mission, qu'il ne doit sous aucun prétexte dépasser, taisant strictement tout ce qu'il aura appris lors de ses investigations et qui n'aura pas de lien avec sa mission (C. cass.,

Ch. crim., 1^{er} décembre 1999, n° 99-82.067 « (...) Aucune violation du secret médical ne saurait résulter de la lecture à l'audience, en vertu du pouvoir discrétionnaire du président, du rapport d'un expert désigné pour procéder à des opérations techniques » ;

- le médecin peut également déroger au secret en vue de se défendre d'une accusation portée à son encontre et concernant son activité médicale, seule possibilité pour lui d'expliquer le contexte dans lequel sont intervenus les faits pour lesquels il est poursuivi.

Il faut également mentionner huit dérogations non pas légales mais jurisprudentielles, issues de la Cour de cassation (ces dérogations ont toutefois un caractère particulier et spécifique, et ne pourraient souffrir d'extrapolations hasardeuses) :

- révélation de l'état mental altéré du rédacteur décédé d'un testament contesté (on doit être « sain de corps et d'esprit » pour rédiger un testament) (C. cass. 26 mai 1964). « Aux termes de l'article 901 du Code civil, pour faire une donation il faut être sain d'esprit. Par l'effet de cette disposition qui vaut autorisation au sens de l'article 226-14 du Code pénal, le professionnel est déchargé de son obligation au secret relativement aux faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession. La finalité du secret professionnel étant la protection du non-professionnel qui les a confiés, leur révélation peut être faite non seulement à ce dernier mais également aux personnes ayant un intérêt légitime à faire valoir cette protection » (C. cass., 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 00-16.305, n° 707 FS-P+B) ;
- le secret médical n'est pas opposable au patient lui-même : une caisse de Sécurité sociale ne peut refuser la communication d'un dossier à un médecin expert judiciaire (C. cass. 28 janvier 1966) ;
- un médecin dupé pour la rédaction d'un certificat médical peut expliquer les circonstances de son erreur, car « le trompeur n'a aucun droit au respect du prétendu secret, né de sa simulation frauduleuse » (C. cass. 20 décembre 1967) ; cette notion s'étend globalement au « droit de se défendre » dans le cadre d'une instance à l'occasion de laquelle on est poursuivi ;
- en matière criminelle, le secret médical ne fait pas obstacle à la saisie d'un dossier médical par un juge d'instruction en présence d'un membre du conseil de l'Ordre (voir fiche 44) (C. cass. 24 avril 1969) ;
- « Les juridictions pénales ont le droit de donner mission aux experts judiciaires par elles commis de prendre connaissance des documents médicaux de l'hôpital » (C. cass. 20 janvier 1976) ;
- le secret peut être partagé entre deux médecins en médecine collective (C. cass. 28 octobre 1970) ;
- le médecin du travail a qualité pour signaler à l'employeur des troubles de santé d'un salarié, sans toutefois en indiquer le diagnostic (C. cass. 6 juin 1972) ;
- le patient dans un procès civil a le droit de produire un certificat médical le concernant car le secret médical ne peut lui être opposé lorsque la détermination de ses droits dépend des renseignements fournis (C. cass. 1^{er} mars 1972).

À retenir

Le respect du secret médical est absolu, mais l'exception confirme la règle, et il existe un certain nombre de possibilités – voire d'obligations – de transgression, certaines étant d'ailleurs destinées à permettre au médecin de se défendre en cas d'action judiciaire à son encontre. On peut regretter que, dans des domaines il est vrai très différents, ni la constatation de sévices ni la mise en évidence d'une sérologie VIH ne puissent pas faire l'objet d'une obligation de déclaration. Certaines dispositions jurisprudentielles sont venues – à titre strictement ponctuel et non interprétable – étendre le champ des dérogations au secret.

Pour en savoir plus

Bulletin du conseil départemental de l'Ordre des médecins de la ville de Paris , mai 2006.

Claudot F, Jullières Y. Le secret en 10 questions. Consensus Cardio ; 2007.

Devers G. Dix questions sur le secret professionnel. La Lettre du Cardiologue 2001 ; 348 : 39–42.

Hoerni A, Benezech M. Le secret médical. Paris : Masson ; Masson, Paris, 1996.

Le secret médical existe-t-il entre médecin traitant et médecin du travail ?

La collaboration entre médecin traitant et médecin du travail nécessite souvent le partage d'informations médicales couvertes par le secret, notamment dans le cadre de demandes d'embauche ou d'évaluation d'aptitude à des postes physiques.

Le secret médical a été établi dans l'intérêt du patient, afin de lui sauvegarder l'intimité de la confiance et de permettre que s'établisse entre lui et son médecin une relation de confiance totale. Est concerné par la notion de secret « tout ce que, dans l'exercice de notre profession, nous aurons vu, entendu ou compris ». Le Code de déontologie rappelle dans son article 4 que le secret professionnel « s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi ».

Le concept du secret partagé entre médecins ne se conçoit que dans l'intérêt du patient pour améliorer sa prise en charge médicale et l'efficacité de la démarche tant diagnostique que thérapeutique, à l'hôpital ou dans un exercice libéral, les seuls éléments divulgués étant ceux indispensables à l'avancement du dossier dans l'intérêt du patient.

On peut considérer, en suivant L. Fournier et J. Proteau, que « la médecine praticienne est dévolue aux soins, par opposition à la médecine du travail, dévolue à la surveillance dans le cadre professionnel ». N'ayant pas statutairement la possibilité de se livrer à des actes d'investigations ou de soins, le médecin du travail laisse cette charge au médecin traitant.

Ainsi, dans cette direction, le partage de l'information est admis, voire nécessaire afin de permettre une efficacité optimale du contact entre médecins au profit du patient. Le médecin du travail communiquera des informations médicales au médecin traitant, afin de lui permettre la prise en charge médicale « pratique » d'une pathologie décelée ou suspectée en médecine du travail.

A contrario, les éléments du dossier du médecin traitant, qui peuvent avoir des conséquences graves sur l'avenir professionnel de l'intéressé, ne doivent transiter que par le salarié lui-même, à l'exclusion de tout contact direct entre le médecin traitant et le médecin du travail, car ces informations ont pour destination non pas le diagnostic et le soin, seules motivations autorisant ce partage d'informations entre confrères, mais une liaison entre l'état de santé et les capacités de travail dans l'entreprise. Une telle transmission constituerait donc une violation du secret.

Cette position est certes contraignante, mais répond à l'application du principe de protection de la personne privée. Elle se contente en pratique de respecter l'obligation de secret qui est faite à tout médecin, et qui ne peut ici être « modulée » par la nécessité d'une mise en commun des informations pour l'amélioration de la santé du patient. Le médecin traitant aura pris soin, en remettant au patient les éléments de son dossier médical sollicités par le médecin du travail, de l'avertir

des conséquences éventuellement délétères que la remise de ces documents risquerait d'avoir sur sa situation professionnelle. Ainsi, le médecin traitant sera libéré de ses obligations et contraintes.

À retenir

Le secret s'applique à tout ce qui concerne le dossier médical, et s'applique à tous, y compris les confrères, sauf en cas de nécessité de secret partagé pour améliorer la prise en charge de diagnostic et de soins. Telle est la règle, dont il faut déduire que le médecin du travail fournit les renseignements nécessaires, mais que le médecin traitant, généraliste ou spécialiste, ne doit pas adresser de compte rendu directement au médecin du travail, mais faire transiter ce document par le patient.

Pour en savoir plus

- Bernard M. Le secret existe-t-il entre médecin traitant et médecin du travail ? La Lettre du Cardiologue 2003 ; 369 : 33-4.
- Fournier L, Proteau J. Secret médical et médecine du travail : le médecin traitant ne peut et ne doit communiquer librement avec le médecin du travail. Rev Prat Med Gen 1990 ; 109 : 99-101.
- Gromp S. Le secret médical : un concept menacé. J Med Leg Droit Med 1995 ; 38 (7/8) : 565-9.
- Hoerni B, Benezech M. Le secret médical : confidentialité et discrétion en médecine. Paris : Masson ; 1996.
- Manaouil C, Doutrelot-Philippon C, Gabrion A, Jarde O. Le secret professionnel en médecine du travail. J Med Leg Droit Med 2000 ; 43 (II) : 137-44.
- Thouvenin D. Le secret médical et l'information du malade. Presses universitaires de Lyon, avril 1982.(d'après sa thèse de doctorat, Lyon, 1977).

Le secret médical existe-t-il en expertise ?

Oui et non

Oui car l'un des adages en expertise est que l'expert remplit « la mission, toute la mission, mais rien que la mission », ce qui sous-entend, relativement au contenu du dossier, que son rapport ne fera état de ce qui touche directement à la mission et aux questions posées, et qu'il « taira » tout ce qui ne concerne pas strictement cette mission. Ainsi l'expert est soumis au secret médical dans le cadre de son activité, ne devant la déborder ni à l'égard du magistrat, concernant cette mission, ni de tout autre, *a fortiori*. Il rendra donc compte au magistrat de tout ce qui concerne le dossier, mais de rien d'autre, et à personne d'autre.

Non car le secret n'est opposable à l'expert ni par le médecin traitant, ni par le patient lui-même ou par toute autre structure telle que clinique, hôpital ou maison médicalisée, et l'expert a toute faculté de se faire adresser tout document médical ayant trait à l'instance, ainsi que cela est précisé dans la mission. Ce principe de « non-opposabilité » est applicable en matière pénale et également lors d'expertises non médicales, y compris concernant l'éventualité d'un secret industriel.

Non-communication du dossier : règles et conséquences

Une situation difficile

Un arrêt de la Cour de cassation datant du 15 juin 2004 a accordé – sous réserve – la possibilité à un médecin du travail de ne pas communiquer le dossier d'un patient décédé dont la famille s'opposait à cette transmission de données, au motif que « si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposées, qu'il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve, et d'en tirer toutes conséquences ».

En tirer une ligne de conduite

C'est donc malgré tout une règle de transmission sans réserve qui doit être retenue dans le principe, concernant les données relatives au litige, en sachant qu'un refus de transmettre, même s'il est, dans une certaine mesure, autorisé par la valeur jurisprudentielle de cet arrêt, fait courir à son auteur le risque d'une interprétation en sa défaveur de la part du magistrat.

Trois autres décisions judiciaires

Il faut encore citer un arrêt de la cour d'appel de Rennes (Ch. acc., 15 mai 1997) : « Il ne saurait être opéré une distinction sur la nature du secret médical lorsque les documents, auxquels seul l'expert médecin désigné par le juge d'instruction pouvait légitimement accéder dans le cadre de sa mission, sont conservés par l'établissement pénitentiaire, les médecins relevant de cette administration ne pouvant opposer le secret médical à l'expert désigné sur les documents médicaux. »

En 2000, la cour d'appel de Rennes a produit un arrêt relatif à la non-transmission par le médecin traitant à l'expert judiciaire de documents relatifs au dossier médical d'un patient décédé : « Un médecin traitant doit être condamné à remettre à un expert judiciaire le dossier médical d'un patient décédé dès lors que l'expertise tend à établir son état de santé au moment d'une donation sans que ce médecin puisse opposer le secret médical. Le médecin est dépositaire d'informations à caractère secret dont la révélation lui est interdite sauf dans les cas où la loi l'impose ou l'autorise ; ces informations appartiennent au malade lui-même ou à **ses ayants droit**. Le secret médical n'est donc pas un dogme absolu dans la mesure où, édicté dans l'intérêt du patient, il ne peut lui être opposé **ainsi qu'à ses ayants droit** quand la détermination de leurs droits dépend des renseignements recherchés ; en l'espèce, la mesure d'expertise visant à établir l'état de santé du donataire ne va pas à l'encontre de la protection de ses intérêts ; l'expert judiciaire est, par ailleurs, mandaté par la justice et non par une partie ou par un tiers ; le secret médical doit donc en l'espèce céder devant l'expertise. » (CA Rennes, 7^e Ch., 15 mars 2000).

Dans le même état d'esprit, on citera un arrêt de la Cour de cassation datant de mars 2004, qui pose que l'utilisation d'un certificat médical *post-mortem* concernant la salubrité mentale du rédacteur d'un testament n'est pas contraire à la règle et aux principes du secret médical : « Il ne peut être reproché à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré nuls pour insanité d'esprit les testaments de la défunte en se fondant sur une expertise judiciaire fondée notamment sur un certificat médical établi par le médecin traitant de la défunte à la demande des experts, dès lors que, par l'effet de l'article 901 du Code civil, le médecin traitant a été déchargé de son obligation au secret relativement aux faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession et, la finalité du secret professionnel étant la protection du non-professionnel qui les a confiés, leur révélation a pu être faite aux experts et aux personnes ayant un intérêt légitime à faire valoir cette protection. C'est par conséquent à bon droit que la cour d'appel a décidé que la remise du certificat médical aux experts n'était pas irrégulière, dès lors que ce témoignage constituait l'un des moyens de rapporter la preuve de l'insanité d'esprit de la défunte lors de la rédaction des deux testaments litigieux et que, dans le cas contraire, l'héritier ou les légataires auraient été empêchés de faire valoir leurs droits » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 2 mars 2004).

En matière de synthèse

Le point de vue global est donc très clairement en faveur de l'absence d'opposabilité du secret à l'égard de l'expert judiciaire, position appuyée encore par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 janvier 2002, énonçant que « la résolution

d'un conflit entre deux intérêts également protégés par la loi implique soit la prévalence de la manifestation de la vérité sur le secret, soit la renonciation du demandeur à revendiquer le bénéfice d'un contrat dont la validité est nécessairement subordonnée à la manifestation de cette vérité, sauf à priver les dispositions des articles 1134 du Code civil et L.113-8 du Code des assurances de tout effet ». La protection du secret médical est au demeurant assurée, dans le cas de l'espèce, tant par la désignation d'un expert judiciaire, médecin astreint à la même déontologie professionnelle que le médecin traitant, ainsi que l'a rappelé à juste titre l'ordonnance critiquée, que par les dispositions de l'article 247 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance, si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée ».

À retenir

Le secret existe en expertise car l'expert se cantonnera exclusivement dans son rapport à évoquer des faits concernant l'instance en cours, taisant tout ce qu'il aura pu apprendre au cours de ses opérations et qui serait étranger à la mission. Mais nul ne peut opposer le secret à l'expert dans le cadre de sa mission, en tous cas sans devoir craindre une interprétation de ce refus par le magistrat.

Le secret médical existe-t-il face à la famille et face aux héritiers du patient vivant/patient décédé ?

Concernant le patient vivant

Les choses ne sont pas simples : il est pratique de se réfugier derrière « le secret ». Pourtant, il est souvent nécessaire de transmettre un minimum d'information à la famille, soit pour qu'elle puisse entourer valablement un patient dont l'avenir est menacé, soit pour favoriser l'observance thérapeutique, notamment. Un moyen de respect des règles déontologiques, est de proposer à son patient de se faire accompagner par un de ses proches. Les situations de conflit familial (divorce, héritage, etc.) constituent des zones de grand danger concernant la révélation d'éléments du dossier, car dans ces situations toujours douloureuses et complexes, et parfois méconnues du médecin, le patient peut s'estimer trahi, victime d'une révélation abusive transgressant le secret et finalement poursuivre le médecin, qui n'avait dans l'idée que le désir d'aider et de faire soutenir son patient par sa famille. Le Code de santé publique dispose en effet (art. 1110-4-6) : « En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance (...) reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celui-ci, sauf opposition de sa part. » Cette opposition éventuelle est prévue à l'article 1110-4 du même code. Mais extrême prudence et circonspection s'imposent.

En cas de décès

Théorie

Le secret médical est une notion formelle. Toutefois, sauf volonté contraire du défunt, les ayants droit ont accès aux informations permettant de connaître les causes de la mort, de défendre l'honneur du défunt, ou d'assurer la défense de leurs droits patrimoniaux. La demande sera formulée auprès du médecin en certifiant la raison de cette demande, et le médecin devra motiver un éventuel refus. Ainsi, dans ce cadre, la Cour de cassation semble d'une « souplesse toute pragmatique » (Cordier, *in* Responsabilité médicale, par Hureau et Poitou), admettant que le malade « peut transmettre le dépôt du secret lorsqu'il laisse aux siens, à sa mort, des droits dont la preuve suppose la communication du dépôt de vérité confié par lui à un médecin ».

Pratique

Un arrêt de la Cour de cassation (1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 00-16 pose : « Aux termes de l'article 901 du Code civil, pour faire une donation il faut être sain

d'esprit. Par l'effet de cette disposition (...), le professionnel est déchargé de son obligation au secret relativement aux faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession. La finalité du secret professionnel étant la protection du non-professionnel qui les a confiés, leur révélation peut être faite non seulement à ce dernier mais également aux personnes ayant un intérêt légitime à faire valoir cette protection. »

Un arrêt du Conseil d'État (7^e et 5^e s.-sect. réun., 29 janvier 2003, n° 214070) confirme cette position : La fille d'un patient décédé dans un établissement de l'assistance publique-hôpitaux de Paris avait demandé à cet établissement la communication du dossier médical de son père par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle avait désigné, en application de l'article L.710-2 du Code de la santé publique alors applicable (voir désormais art. L.1112-1). L'AP-HP a opposé un refus à cette demande au motif qu'elle avait eu connaissance d'un litige entre les ayants droit du défunt. Les juges d'appel ont annulé ce refus et enjoint à l'établissement public de communiquer le dossier demandé. En cassation, le Conseil d'État confirme qu'en application de l'article précité du Code de la santé publique, le dossier médical d'une personne décédée est communicable de plein droit aux ayants droit et rappelle : « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1978, qui ont pour objet de faciliter, de manière générale, l'accès des personnes qui le demandent aux documents administratifs, n'affectent pas les droits que les intéressés tirent des règles particulières ainsi prévues par le Code de la santé publique, qui régissent l'accès au dossier médical des personnes hospitalisées. Il résulte des articles L.710-2 (devenu art. L.1112-1) et R.710-2-2 du Code de la santé publique que les informations médicales contenues dans le dossier médical d'une personne qui a reçu des soins dans un établissement de santé sont communicables de plein droit aux ayants droit de cette personne, en cas de décès (...). La cour administrative d'appel ne commet donc pas d'erreur de droit en se fondant sur lesdites dispositions pour estimer que le refus, opposé à l'un des ayants droit par l'établissement de santé, est illégal. »

Cette situation, malgré tout exceptionnelle, est également exposée à la question concernant les transgressions du secret médical (voir fiche 23). Elle permet de retenir la possibilité pour les ayants droit d'avoir accès aux informations médicales normalement couvertes par le secret, spécifiquement toutefois celles concernant le moyen de faire la preuve de l'état mental du signataire d'une donation ou d'un testament.

À retenir

Le secret est une notion formelle qui ne doit pas être transgressée. On peut cependant dans certaines circonstances concevoir la nécessité matérielle d'un « partage » de ce secret avec certains membres de la famille proche, selon certaines règles et d'une façon toujours très prudente. Concernant le patient décédé, les mêmes règles s'appliquent car le décès ne lève pas l'interdit, mais les ayants droit peuvent avoir accès à des informations couvertes par le secret si seules celles-ci leur permettent de faire valoir leurs droits patrimoniaux.

Doit-on respecter la demande de secret du mineur à l'égard de ses parents ?

L'article L.1111-5 de la loi du 4 mars 2002 constitue une dérogation au principe de l'autorité parentale sur l'enfant mineur puisqu'il autorise la conservation du secret relatif à la prise en charge médicale de ce mineur.

« Par dérogation à l'article 371-2 du Code civil, le médecin peut se dispenser du consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur des décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'imposent pour sauvegarder la santé d'une personne mineure dans le cas où celle-ci s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner par une personne majeure de son choix. »

On constate que ce texte est finalement une simple extension de la possibilité offerte à la jeune fille mineure de pouvoir pratiquer une IVG sans l'avis de ses parents, la mention de l'obligation de tentative de conviction, de constatation de deuxième refus, d'accomplissement de l'acte par le médecin **mais** d'accompagnement par une personne majeure de son choix dans le texte concernant le mineur étant strictement superposable à ce qui existe spécifiquement pour l'IVG (art. 2212-7-3 CSP).

S'il existe une majorité civile, fixée à 18 ans depuis 1974 et 21 ans auparavant, il n'existe pas spécifiquement de majorité sanitaire. Il n'y a donc pas de précision d'âge dans ce texte, où l'on parle simplement de « mineur ». Il est clair que la notion traditionnelle de maturité trouvera ici un nouveau champ d'application, tout comme les dispositions concernant l'enfant mineur dans le cadre d'un divorce, ce mineur pouvant s'exprimer... « quand il est apte à s'exprimer ».

À retenir

Les textes législatifs prévoient maintenant de respecter strictement le secret médical concernant un mineur, à l'égard de ses parents. Le mineur devra alors se faire accompagner d'une personne majeure de son choix.

Doit-on contacter les parents d'une mineure désirant faire pratiquer une IVG ?

La loi du 4 juillet 2001 a modifié la situation qui imposait autrefois la présence d'un des deux parents auprès de la jeune femme. L'article 2212-7-3 du Code de la santé publique dispose : « Si la mineure ne veut pas donner son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale soient consultés, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que tous les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée (...). Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix. »

Cette disposition accorde une facilité incontestable à la jeune femme mineure. Elle lui permet de faire pratiquer cette IVG dans les délais légaux (12 semaines de grossesse, soit 14 semaines d'aménorrhée), et si elle impose au médecin d'insister pour tenter de convaincre la jeune femme de l'intérêt que ses parents soient informés et si possible présents à ses côtés, permettant que la jeune fille s'y soustraie, elle maintient en revanche la nécessité d'un contact avec une personne majeure de son choix, facilitant dans une certaine mesure un relatif niveau de contrôle de l'entourage familial ou amical par un majeur.

Dans son dernier alinéa, elle prévoit obligatoirement une nouvelle consultation ayant pour but de l'informer sur les divers aspects de la contraception.

À retenir

Depuis la loi du 4 juillet 2001, la présence des parents n'est plus impérative. La loi impose au médecin de tenter de convaincre la jeune femme en cas de refus, et permet la réalisation de l'IVG sous condition qu'elle soit accompagnée d'une personne majeure de son choix.

Le médecin traitant peut-il opposer le secret au médecin expert ?

Le secret médical a ses rigueurs mais n'est *a priori* pas opposable à l'expert. Celui-ci, ayant été désigné par une juridiction ou une administration, doit donner un avis technique médical dans le cadre de sa mission et de son domaine de compétence. Il reste tenu au secret pour tout ce qui ne concerne pas sa mission (art. 108 CDM), mais doit pouvoir disposer des éléments du dossier médical. Les documents seront alors transmis afin de pouvoir évaluer et quantifier l'état de santé du patient.

Une contestation de la part du médecin traitant peut donner lieu à une saisie judiciaire ordonnée en matière pénale par le juge d'instruction. Mais la question est généralement réglée de façon simple et le médecin traitant ne s'oppose pas à la transmission d'information.

En matière civile ou administrative, il n'y a pas d'obligation stricte de transmission par injonction d'un praticien de la part d'un magistrat comme au pénal. Il est de coutume que le médecin transmette le dossier. En cas de réticence, il est « pratique » d'utiliser le biais d'un certificat médical (de tous documents) remis au patient, libre dès lors d'en disposer par la suite pour le remettre à l'expert. Ce mode de fonctionnement permet au médecin inquiet et scrupuleux de se dédouaner vis-à-vis de la rigueur du secret qu'il craint de trahir, et au demandeur, patient du médecin traitant, d'obtenir malgré tout les éléments qui lui permettront de tenter de faire valoir sa position devant la juridiction qu'il aura saisie.

Trois arrêts viennent appuyer les éléments ci-dessus :

- « Il ne saurait être opéré une distinction sur la nature du secret médical lorsque les documents, auxquels seul l'expert médecin désigné par le juge d'instruction pouvait légitimement accéder dans le cadre de sa mission, sont conservés par l'établissement pénitentiaire, les médecins relevant de cette administration ne pouvant opposer le secret médical à l'expert désigné sur les documents médicaux » (CA Rennes, 15 mai 1997, D. 1998, jur. p. 178, note M. Penneau) ;
- « Le secret médical n'est pas un dogme absolu dans la mesure où, édicté dans l'intérêt du malade, il ne peut lui être opposé ainsi qu'à ses ayants droit quand la détermination de leurs droits dépend des renseignements recherchés (...). L'expert judiciaire est, par ailleurs, mandaté par la justice et non par une partie ou par un tiers ; le secret médical doit donc en l'espèce céder devant l'expertise » (CA Rennes, 15 mars 2000, JCP, 2001, IV, 2656) ;
- « Le secret médical impose que la recherche des antécédents médicaux de l'assuré soit effectuée par expertise et nécessite que l'expert judiciaire bénéficie alors de la plus large latitude dans l'accomplissement de sa mission » (CA Toulouse, 26 octobre 2000, SA Generali France Assurances Vie c./Latre, JCP, 2001, IV, 1512).

Enfin, il faut mentionner un arrêt de la Cour de cassation datant du 15 juin 2004, évoqué ci-dessus (voir fiche 25), autorisant *in fine* – sous réserve de conséquences

ultérieures éventuelles – un médecin du travail à ne pas communiquer le dossier d'un patient décédé dont la famille s'opposait à cette transmission de données, au motif que « si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposées, qu'il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve, et d'en tirer toutes conséquences ».

Cet arrêt, qui évoque les dispositions de l'article 1110-4, « ouvre la porte » à l'éventualité d'un refus de communiquer, mais fait courir le risque à l'auteur de ce refus d'une interprétation en sa défaveur par le magistrat d'une position non conforme aux usages et ne permettant pas à l'expert qu'il a désigné afin de l'éclairer sur ce dossier d'avoir les moyens effectifs de cet éclairage.

À retenir

Le secret médical doit être formellement respecté mais il n'est pas opposable à l'expert dans le cadre de sa mission. Des difficultés peuvent intervenir de la part de certains médecins pour la transmission de pièces du dossier. Elles peuvent donner lieu le cas échéant à une demande de saisie en matière pénale. En général, la communication des pièces ne pose pas de réel problème.

Une assurance peut-elle exiger du médecin traitant la communication d'un dossier médical ?

Partage des informations ou respect du secret ?

Le problème est récurrent en matière de compagnie d'assurance : communiquer ou pas le dossier ? **Une compagnie d'assurance ne peut en aucun cas exiger la communication d'un dossier, même si la demande est faite par le médecin de la compagnie au médecin traitant.** Seule l'autorité judiciaire a cette faculté, missionnant l'expert en précisant « qu'il se fera communiquer les éléments du dossier par les services hospitaliers ou par les parties », ou qu'elle ordonnera la saisie d'un dossier en matière pénale (voir fiche 43).

Mais, ainsi que cela est rappelé dans les divers points de cet ouvrage relatifs à cette question du secret médical, nul ne peut relever le médecin de son secret, et nul ne peut l'obliger à le violer en communiquant des éléments médicaux frappés du secret, fût-ce un magistrat en faisant témoigner un médecin, fût-ce le patient lui-même (voir fiche 32).

Une solution s'impose

L'assurance sollicite de la part du patient, voire directement du médecin traitant, des informations médicales à caractère confidentiel relevant du secret médical, afin de savoir dans quelles conditions peut être conclu le contrat d'assurance (art. 112-3 du Code des assurances). Le médecin sollicité ainsi par l'assureur ne doit pas céder à ces demandes de transmission directe, qui le feraient contrevenir à la règle. Cependant le patient a besoin de pouvoir transmettre ces éléments à son assureur. Une seule solution se dégage : remettre directement au patient les éléments de son dossier médical, qu'il pourra alors remettre lui-même à qui bon lui semblera, y compris son assureur. Mais la règle est formelle : le document ne saurait passer par une autre main que celle du patient lui-même.

Rappelons au passage que le secret s'exerce même entre médecins, et que cette règle est donc applicable également à l'égard d'un médecin de compagnie d'assurance, la mise en commun des éléments d'un dossier médical ne se concevant que dans le but d'aider et de faciliter la prise en charge médicale d'un patient. Mais nulle part il n'est prévu de faciliter ses rapports avec sa compagnie d'assurance. Autrement dit, la transmission d'éléments confidentiels relevant du secret médical à un médecin de compagnie d'assurance constitue une violation du secret, car cette transmission n'avait pas pour but d'aider à l'amélioration des soins (art. 226-13 CP et art. 4 CDM).

Cette règle s'applique donc en matière d'assurance et théoriquement concernant les ayants droit du patient décédé. Il est toutefois admis que le médecin traitant puisse rédiger un certificat attestant que le décès est en rapport avec une mort naturelle, afin de permettre aux ayants droit de faire valoir leurs prétentions. Un certificat pourra être remis à la famille mais en tous cas sûrement pas au médecin conseil de la compagnie d'assurance. Cette remise devra s'accompagner d'informations et de conseils très précis concernant les risques inhérents à la remise de tel ou tel document à une compagnie d'assurance.

Citons enfin cet arrêt de la Cour de cassation (1^{re} civ., 12 janvier 1999, n° 96-20.580) : « La remise d'une lettre comportant des renseignements médicaux sur un assuré décédé du médecin traitant de ce dernier à l'assureur procède d'une violation du secret médical commise par le médecin conseil de l'assureur qui ne pouvait révéler à son mandant des renseignements qu'il avait reçus de son confrère », cette décision étayant donc les positions relatives à l'existence du secret à l'égard de la compagnie d'assurance, fût-ce du médecin de cette compagnie.

À retenir

Le secret médical est une notion moralement et déontologiquement formelle, d'une part, et d'ordre public, d'autre part, ce qui signifie que sa violation est punie non pas sur la qualification d'erreur ou de faute, mais de délit, passible d'amende et/ou d'emprisonnement par la juridiction répressive (tribunal correctionnel). En dehors des situations expressément prévues par les lois et règlements, d'une part, et consacrées par la jurisprudence, d'autre part, toute personne impliquée doit s'y tenir strictement, et le médecin ne doit pas céder à l'insistance de certaines compagnies d'assurance. Le seul moyen est alors de faire transiter l'information par le patient, qui décidera lui-même de délivrer ou non à autrui une information qui lui est personnelle.

Le secret est-il aussi strict en matière de VIH que dans les autres domaines médicaux ?

La question est bien sûr de savoir si le secret est aussi formel relativement au conjoint. Où se situe la frontière exacte entre respect du secret, donnée fondamentale, et non-assistance à personne en danger ?

Cette question a donné lieu à bien des hésitations et généré bien des controverses. Le Conseil national a été saisi de ce problème et a rendu dès 1994 une série de recommandations : faite à un proche par le patient lui-même, la révélation et les discussions qui s'ensuivent ne posent plus de problème de transgression du secret, et le médecin autorisé à assister à cette révélation pourra fournir tous éclaircissements aux deux partenaires. La loi n'autorise pas à l'heure actuelle le médecin à révéler quoi que ce soit de l'état sérologique d'un patient à son partenaire.

La commission Louis René, du nom de l'ancien président du Conseil national, a conclu qu'« aucune dérogation, implicite ou explicite, n'autorise le médecin à rompre le silence qui s'impose à lui, et les conditions d'application de la notion de non-assistance à personne en danger ne sont pas réunies. Il revient alors au praticien, après avoir tout fait pour convaincre le patient (...) du danger que fait courir son état de santé, et si possible, après avoir pris l'avis de confrères compétents, d'évaluer la situation et de prendre, en conscience, sa décision et d'assumer les conséquences d'une liberté qu'il revendique. Les juges apprécieront en fonction de ces cas d'espèces. Les dangers sont certains, mais les conséquences de la révélation doivent être également lucidement mesurées. En présence de ce dilemme, et même avec l'aval de confrères expérimentés, c'est d'abord sa responsabilité personnelle, tant morale que juridique, qu'engage le médecin en prévenant de lui-même le partenaire de son patient ».

Cette situation est donc extrêmement délicate. La règle est la règle, le respect du secret doit préserver la confiance du patient, et il y a suffisamment d'éléments dans cet ouvrage pour en rappeler la stricte nécessité de respect. Pour autant, la protection du conjoint est une réalité matérielle. Mais cette discussion a-t-elle cependant un sens réel ? Le conjoint d'un séropositif ne risque-t-il pas, même s'il n'y a rien de systématique en termes de contamination, d'avoir déjà été contaminé quand le diagnostic de séropositivité est réalisé ? Par ailleurs, la confiance que le patient exige (légitimement) de son médecin n'impose-t-elle pas aussi une confiance à l'égard du conjoint, et une honnêteté ? À quoi cela servira-t-il de cacher la situation, d'autant que le conjoint... est peut-être le contaminant ? Pour autant, tout le monde sait que le pronostic à long terme dépend notamment du délai de prise en charge par rapport à la date de contamination...

C'est pourquoi, sans doute¹, il faut continuer à respecter ce si lourd secret mais tout faire pour décider le patient à transmettre cette information à son conjoint. C'est en tous cas aujourd'hui la règle. Mais elle n'est pas satisfaisante. Depuis la première édition de cet ouvrage en avril 2007, la situation n'a pas changé.

À retenir

La législation actuelle impose au médecin de garder strictement le secret vis-à-vis du conjoint d'un patient séropositif au VIH, comme pour toute autre pathologie. Cette absence d'exception à la règle du secret est contestable, mais c'est actuellement cette règle qu'il faut suivre.

Remerciements : vifs et très amicaux remerciements au Dr Philippe Bonnard, infectiologue à l'hôpital Tenon, pour ses précieux conseils sur ce sujet délicat.

¹ Chacun mettra dans cette expression le sens qu'il voudra y placer : « sans aucun doute », ou « probablement »...

Peut-on lever le secret médical à la demande du patient ?

Le secret n'appartient à personne. De ce fait, personne ne peut en disposer librement, notamment pour en délier le médecin, fût-ce le patient lui-même : « Le secret professionnel lie le médecin de manière absolue, il n'appartient pas au client de l'en délier » (CDM, dans son édition de 1941).

Le secret médical est une disposition d'ordre public, créée au profit du patient, et destinée à protéger l'intimité des confidences qu'il fait à son médecin.

Sa violation est un délit passible d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

En dehors des situations prévues (voir fiche 23), il est inviolable et il n'est pas possible pour son bénéficiaire d'en disposer librement, pour deux raisons très simples :

- le patient ne sait pas précisément de quoi il libérerait le médecin, car il ne sait pas forcément tout de sa maladie. Dans certains cas qu'il estimera en conscience le médecin n'est pas tenu de révéler à son patient l'ensemble des éléments de son dossier médical (article 35-2 CDM) : « Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. » Le patient pourrait de ce fait apprendre brusquement et sans préparation ou information préalable des éléments graves, inconnus de lui et auxquels il ne serait pas préparé ou qu'il ne serait pas apte à assimiler ;
- par ailleurs, la transmission d'informations à caractère secret que sont les éléments d'un dossier médical constitue une violation d'une disposition d'ordre public, constitutive d'un délit, et correspondant à une dette de l'auteur du délit face à la société. Le consentement de la victime directe de cette infraction n'autorise pas pour autant la transgression de l'interdit. Autrement dit, le consentement du patient à cette violation n'empêche pas que cette transgression soit malgré tout un délit, et donc passible de poursuites au nom de la société.

La seule possibilité est la désignation d'une « personne de confiance », qui aura accès à tous les éléments du dossier afin de l'aider et de l'assister éventuellement dans certaines décisions. Cette désignation – écrite – est révocable à tout moment.

Une jurisprudence datant de 1999 par le Conseil d'État (4^e et 1^{re} s.-sect. réun., 28 mai 1999, n° 189057) établit que : « La diffusion, dans un organe de presse qui procède à une enquête sur l'hypnose, de la photographie d'une patiente prise dans le cabinet du praticien, même avec le consentement de l'intéressée, est de nature à dévoiler l'identité de cette patiente qui est partie intégrante des informations couvertes par le secret médical. Par suite, en regardant le comportement

du praticien, qui a autorisé et organisé la réalisation de la photographie dans son cabinet, comme constitutif d'une violation du secret médical et comme un manquement à l'honneur professionnel privant le requérant du bénéfice de l'amnistie, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins n'a pas commis d'erreur de droit ni entaché sa décision d'une erreur de qualification juridique des faits. » Cet arrêt rappelle sans ambiguïté que l'accord de la victime du délit de violation du secret n'est pas exonératoire de la responsabilité de l'auteur ; en d'autres termes, un délit reste un délit, même si la victime est consentante.

À retenir

Nul n'étant propriétaire du secret, nul ne peut lever cette contrainte à l'égard d'un tiers, pour la simple raison que c'est là une disposition d'ordre public dont la violation est prévue par le Code pénal au rang des délits. L'autorisation du patient, « victime » de violation de secret, ne modifie donc pas la qualification délictuelle de cette infraction.

La notion de secret médical doit-elle être appliquée avec la même rigueur face un détenu ?

La question du secret médical face à la population carcérale est une réalité à laquelle certains médecins peuvent être amenés à être confrontés. Trois circonstances essentiellement peuvent être à l'origine de ce côtoiement :

- la médecine pénitentiaire ;
- l'intervention d'un médecin expert judiciaire à la demande d'un magistrat pour évaluer si l'état de santé d'un détenu permet ou pas son maintien en détention ;
- et enfin la consultation hospitalière d'un détenu dont le lieu d'incarcération est proche d'un hôpital.

En se référant aux diverses fiches de cet ouvrage relatives au secret médical, on constate à quel point cet aspect de notre relation avec le patient, quel qu'il soit, est fondamental.

Dans le cas de l'exercice de la médecine pénitentiaire, on ne retiendra aucune spécificité relativement à la notion de secret médical, qui s'exerce de la même façon qu'à l'extérieur, et avec la même rigueur. Les éléments du dossier médical sont couverts par le secret, qui ne peut être partagé avec l'équipe soignante ou d'autres praticiens que dans le but d'améliorer la prise en charge du patient, toute autre condition de communication de ces éléments étant fautive.

Concernant la médecine d'expertise dans le cadre carcéral, la réponse est exactement la même puisque l'expert reçoit les informations, mais ne doit en aucun cas les diffuser à qui que ce soit d'autre que le magistrat qui l'a désigné. Le partage de l'information se fait au bénéfice de l'expert, le dossier médical et tous les éléments relatifs à l'état de santé de son « patient » étant mis à sa disposition, à sa demande. Il ne fera état de ses constatations à aucun des membres de l'équipe soignante.

La troisième circonstance concerne l'éventualité de consultation hospitalière (car cette situation n'arrive jamais dans le cadre d'un exercice « de ville »), concernant un détenu, qu'il soit en détention préventive ou qu'il purge sa peine. La nécessité déontologique et morale du respect strict du secret médical se heurte à deux difficultés :

- les gardiens qui amènent le détenu à la consultation sont personnellement responsables de son maintien sous contrôle pénal. Le principe est que le gardien ne doit pas « quitter des yeux » son prisonnier. Ainsi, la réponse à la question posée au détenu : « Acceptez-vous la présence de votre gardien pendant l'examen ? », n'a pas de réelle valeur dès lors qu'elle est fournie par le détenu en présence de son gardien, qui n'aura pas voulu « le quitter des yeux ». Sollicité

sur ce point, un conseil départemental de l'Ordre des médecins d'Île-de-France a proposé :

- soit la mise à disposition au sein de l'hôpital d'un local spécifiquement dédié à cette tâche, vitré et permettant la surveillance visuelle du prisonnier par les gardiens ;
 - soit le port par les gardiens de boules Quies ou équivalent sur les oreilles, ou d'un casque antibruit, afin de conserver la discrétion des conversations ;
- le deuxième aspect, qui ne doit pas être négligé, est tout simplement la sécurité du médecin, face à des patients d'un genre particulier... On comprendra aisément que cet aspect nous soucie à titre personnel.

À retenir

Comme on le voit, choses ne sont pas toujours simples, les exigences des uns pouvant aller à l'encontre des exigences des autres. C'est donc un *modus vivendi* qui doit être trouvé entre les médecins et les gardiens, la solution de l'obturation des oreilles des gardiens étant, même si elle peut faire sourire, probablement la moins mauvaise des solutions. Au-delà de la nécessité du respect du secret, le médecin examinateur doit cependant veiller également à sa propre sécurité, étant donné le type de population rencontrée dans ce genre de circonstances.

Pour en savoir plus

Bernard M. Un détenu peut-il bénéficier du respect du secret médical lors d'une consultation hospitalière ? Rev Fr Dommage Corp 2000 ; 1 : 71-2.

Soins aux détenus : le secret médical est intangible. Bulletin de l'Ordre 2007 ; 8 : 5.

Peut-on remettre un certificat médical au conjoint d'un patient ?

Cette pratique est bien sûr extrêmement répandue. Il faut cependant savoir qu'elle transgresse la notion de secret médical *stricto sensu*, et que cette délivrance peut avoir de bien fâcheuses conséquences, pour le patient et pour le médecin rédacteur. Un certificat demandé par un patient dans le cadre d'une névrose sévère connue et contrôlée peut se révéler être une « bombe » si elle survient dans le cadre d'une procédure de divorce dont notre patient n'avait pas jugé utile de nous informer... Il n'est alors pas difficile d'imaginer l'utilisation qui peut être faite par le conjoint indélicat, et l'évident engagement de responsabilité du médecin qui aura remis ce document sans contrôler lui-même l'identité du réel destinataire.

Un arrêt de la cour d'appel de Toulouse illustre ce problème : « Engage sa responsabilité civile le médecin qui a remis à l'épouse du patient un certificat médical concernant ce dernier et contenant des éléments relatifs à son état de santé et aux conséquences sur sa famille. Certes, il n'est pas établi que les renseignements rapportés sont inexacts. Toutefois, le simple fait pour un médecin de délivrer à un tiers, fût-ce l'épouse du patient, un certificat médical contenant les indications sur l'état de santé du patient, constitue une faute en ce que seul ce dernier ou un autre praticien peut être destinataire de telles indications, sauf à porter atteinte au secret médical qui protège le patient avant tout. Ne saurait être invoquée la nécessité de protéger la femme et les enfants du patient. En effet, si ceux-ci sont victimes de sévices ou courent un danger réel, il pèse sur les médecins une obligation de signalement qui ne peut être considérée comme assimilable à cette obligation de " protection " que mentionne le médecin. Il n'est établi aucun lien de causalité entre le certificat médical litigieux et le divorce des époux ni ses conséquences. Cependant, en délivrant un certificat qui contenait des indications sur l'état de santé de son patient à un autre que celui-ci, le médecin a porté atteinte à la relation entre un praticien et son patient, nécessairement basée sur la confiance et a disposé d'informations qui n'étaient pas à sa disposition, causant, dans les seuls rapports entre le médecin et son patient, un préjudice moral à ce dernier. La cour estime que ce préjudice sera réparé par l'allocation d'une somme forfaitaire de 2 000 F » (CA Toulouse, 25 octobre 1999).

À retenir

La délivrance d'un certificat médical répond à des règles précises, un tel document ne devant être remis qu'à la personne directement concernée, même si dans bien des cas, afin de simplifier les échanges, la confiance réciproque établie au fil des années entre une famille et un médecin peut entraîner un regrettable manque de rigueur.

Est-il licite d'adresser un renouvellement de traitement sur demande téléphonique ?

Nous recevons tous de temps à autre un coup de téléphone d'un patient ou du conjoint d'un patient demandant l'envoi d'un renouvellement d'ordonnance par voie postale.

Au-delà du fait que cet acte ne donnera pas lieu à rémunération, il y a lieu de réfléchir à l'opportunité d'un tel geste.

Une prescription ne se conçoit qu'au décours de l'examen d'un patient, la finalité de notre démarche étant de lui donner un traitement adapté à son état et aux constatations que nous en avons faites. La prescription médicamenteuse ne peut donc se dispenser d'un contrôle clinique de notre patient, au risque de prescrire un traitement inopportun, à une dose inadaptée, éventuellement dangereuse. On voit immédiatement le risque, en cas de complication : « Qu'avez-vous constaté lors de l'examen clinique de votre patient, qui ait justifié cette prescription ? »...

Une position de refus systématique ne sera en revanche pas comprise, car dans l'immense majorité des cas, les choses se passent bien.

Notre attitude doit évoluer entre deux positions : tenter de faire percevoir qu'une nouvelle évaluation clinique, donc un rendez vous, est utile, mais elle peut passer pour une préoccupation surtout pécuniaire, ou plus simplement accepter le principe en mentionnant « une boîte, dépannage » sur l'ordonnance, et en donnant en même temps un rendez-vous pour quelques jours après, ce type de prescription ne se concevant de toutes façons que pour un renouvellement et absolument pas pour l'initiation d'un traitement non encore administré. Revoyant le patient quelques jours après, on aura ainsi validé « cliniquement » l'envoi de cette ordonnance demandée « en urgence », que l'on pourra alors confirmer ou modifier au vu des constatations faites.

À retenir

Le renouvellement de traitement se heurte au principe qui veut qu'une prescription est fonction des constatations faites lors de l'examen. L'envoi d'une ordonnance « de dépannage pour une boîte » est un moyen terme qui permet de ménager à la fois notre conscience professionnelle et la demande du patient.

Le secret médical empêche-t-il de dénoncer des sévices dont on a connaissance dans le cadre de l'exercice professionnel ?

La dénonciation de sévices fait partie des autorisations de transgression du secret médical, *a fortiori* si la victime est un mineur ou une personne dépendante.

L'article 226-14 du Code pénal dispose : « L'article 226-13 du Code pénal [concernant les sanctions en cas de violation du secret] n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

- à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique ;
- au médecin qui avec l'accord de la victime porte à la connaissance du procureur de la République des sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises ;
- aux professionnels de santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police, du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui le consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

Aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée du fait de signalement de sévices par le médecin aux autorités compétentes dans les conditions prévues au présent article. »

La notion de « secret médical » est remplacée par « le secret », sous-entendu, le secret professionnel.

La position du législateur est donc très claire : **tout sévice doit être dénoncé**, même si le médecin en a eu connaissance dans le cadre de son exercice professionnel.

À retenir

La dénonciation de sévices est une obligation morale et pénale. Le fait que ces faits aient été connus lors de l'exercice médical ne retire rien à l'obligation de dénonciation, cette situation faisant partie des cas de transgression prévus par la loi.

Peut-on fournir des renseignements médicaux à un centre de Sécurité sociale ?

La notion de secret médical doit toujours guider notre réflexion. Il n'est pas possible de communiquer n'importe quel renseignement à une administration, au risque de tomber sous le coup de l'article 226-13 du Code pénal visant les violations du secret.

On voit cependant passer parfois des certificats étonnants, comme celui adressé au « Centre de Sécurité sociale » : « Je soussigné, Dr Z, psychiatre, certifie que depuis X années, M. Y est soigné par moi pour une psychose maniacodépressive, que cette situation l'empêche d'exercer une activité professionnelle normalement mais que son état est stationnaire » (authentique !).

Ce type de certificat est strictement contraire à la législation, et à l'esprit de l'éthique médicale. Il est bien sûr à proscrire totalement.

Un contact peut en revanche être pris à titre personnel et identifié, de médecin traitant à médecin conseil, afin de régler le problème administratif d'un dossier médical. Cette possibilité est offerte au nom de la notion de « secret partagé » apparue lors de la création de la Sécurité sociale en 1945 afin que les médecins de Sécurité sociale puissent avoir accès aux éléments médicaux des dossiers des patients afin de pouvoir assurer leur gestion administrative (rapport du Conseil national de l'Ordre des médecins, mai 1998).

En dehors de ces circonstances, le médecin s'expose au délit de violation du secret.

À retenir

Le secret médical ne doit pas être diffusé en dehors de situations identifiées et précises, comme ici, par extension à la règle de diffusion dans l'intérêt du soin du patient, la possibilité de transmission au médecin conseil de Sécurité sociale. En dehors de ces situations très précisément identifiées, la communication d'informations secrètes reste un délit puni par l'article 226-13 du Code pénal.

Quels sont les quatre aspects du secret médical en expertise ?

L'expert est tenu au secret

Un médecin expert est avant tout un médecin. Il est donc tenu au secret, au même titre qu'un autre médecin, et ce même à l'égard d'un autre médecin qui n'est pas concerné par la prise en charge médicale du patient.

Un médecin est tenu au secret, même à l'égard d'un autre médecin. Toute transgression est interdite, sauf d'une façon totalement anonyme et non reconnaissable.

À ce stade, la préoccupation de l'expert est d'utiliser seulement les éléments contributifs à sa mission. Il s'attachera donc à la mission, toute la mission, mais **rien que la mission**. Il ne s'étendra donc pas au-delà de ce qui lui est demandé, ni dans les commentaires, ni dans les éléments **hors mission** du dossier.

L'article 244 du Code de procédure pénale précise d'ailleurs la situation d'une façon non contestable : « Il est interdit à l'expert de révéler les autres informations que celles apportant un éclaircissement sur les questions à examiner. »

Le secret n'est pas opposable à l'expert

Nul ne peut opposer le secret à l'expert, notamment en matière médicale (patient, médecin traitant, organisme social, établissement de soins). Mais au-delà de l'aspect purement médical de cette fonction, aucun élément ne peut être écarté des débats par une des parties au motif d'un secret, industriel ou autre.

Par ailleurs, le contradictoire étant un des principes directeurs du procès civil, les documents remis à l'expert doivent être communiqués à toutes parties, l'expert devant s'en assurer mais n'ayant pas la charge de cette diffusion.

De ce fait, l'intéressé accepte la levée du secret le concernant, les éléments de son dossier médical étant dès lors diffusés à tous les intervenants au litige.

En cas de refus de communication à l'expert :

- le juge pénal peut faire exécuter une saisie ;
- le juge civil ne peut contraindre la partie à communiquer des documents à l'expert.

Si le refus persiste :

- l'expert évalue en l'état ;
- le juge en tire toutes conclusions (CC 15 juin 2004).

Le secret n'est pas opposable aux parties

Les pièces reçues par l'expert doivent être en possession de tous, selon l'incontournable principe du contradictoire.

L'article 1111-7 du Code de la santé publique dispose en effet : « Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé. (...) Elle peut accéder à ces informations soit directement, soit par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne. »

Le secret n'est pas opposable au magistrat

L'expert est technicien de justice, il rend compte de ses constatations à l'autorité judiciaire.

Il n'est pas tenu au secret à l'égard du juge, dans le cadre de sa mission, et est donc délié « ponctuellement » du secret sur ce qu'il aura « vu, entendu, compris » également face aux intervenants.

La Cour de cassation a statué le 1^{er} décembre 1999 sur cette question précise en établissant qu'« aucune violation du secret médical ne saurait résulter de la lecture à l'audience, en vertu du pouvoir discrétionnaire du président, du rapport d'un expert désigné pour procéder à des opérations techniques » (CC Ch. crim., 1^{er} décembre 1999, n° 99-82.067).

À retenir

Les quatre grands axes du comportement de l'expert face au secret permettent une bonne dynamique des opérations d'expertise dans des conditions constructives. Toute partie défaillante risque d'en assumer les conséquences au vu de l'interprétation par le magistrat sur une non-communication.

Ce texte a fait l'objet d'une présentation orale aux XIX^e Journées européennes de la Société française de cardiologie, le 19 janvier 2009, par l'auteur.

Comment archiver ses dossiers dans le respect du secret médical ?

Rappelons en préambule que le dossier doit être tenu pour chaque patient (et non un dossier par famille) et mis à jour à chaque consultation ou visite, et si possible après une conversation téléphonique importante avec le patient. Il comportera tous les éléments nécessaires au suivi effectif du patient, permettant d'avoir à sa lecture une connaissance suffisante du dossier et être à même de prendre toute décision concernant le patient. La rédaction de ce dossier est prévue à l'article 45 du Code de déontologie médicale, qui précise que cette fiche est « confidentielle et comporte des éléments actualisés nécessaires aux décisions diagnostiques et thérapeutiques », poursuivant que « dans tous les cas, ces documents sont conservés sous la responsabilité du médecin ».

Les fiches doivent être conservées dans un endroit clos, fermé à clef. L'informatisation du fichier doit donner lieu à une déclaration auprès de la CNIL, et l'ordinateur ou les fichiers doivent être protégés par un mot de passe, équivalent de la serrure fermant le meuble qui recueille les « fiches papier ».

La secrétaire est par principe incluse dans le secret médical, auquel elle est tenue au même titre que le médecin. Elle peut donc naturellement avoir accès aux dossiers. Mais elle doit évidemment se tenir au même degré de rigueur que le médecin qui l'emploie face au secret médical.

Les textes actuels ne définissent pas clairement le temps que doit durer la conservation des dossiers car, si en matière pénale la prescription est de trois ans pour les délits (voir fiche 110), le délai en matière civile est devenu des plus flous. En effet, autrefois trentenaire, la prescription est aujourd'hui décennale « à compter de la date de consolidation du dommage ». **Il y a donc lieu d'être extrêmement prudent** et de conserver autant que l'on pourra ses dossiers, tant qu'une précision suffisamment claire n'a pas été établie et publiée dans ce domaine.

Depuis le 5 janvier 2007, le dossier doit être conservé 20 ans, quelle que soit la pathologie concernée, à compter du dernier passage dans l'établissement. Si ce délai expire avant l'âge de 28 ans, le dossier est conservé jusqu'à cette date. Si le patient décède moins de dix ans après son dernier passage, le dossier est conservé 10 ans après son décès. Ce délai est suspendu par une action contentieuse ou amiable visant la responsabilité médicale de l'établissement ou des praticiens... La loi n'est pas retroactive.

À retenir

L'archivage de nos données est souvent compliqué, cependant le secret et la protection de ces données s'exerce autant vis-à-vis d'une fuite accidentelle que de notre interdiction de divulgation et nous devons veiller à ce que tout soit fait pour que ce secret du dossier médical soit respecté, y compris dans notre archivage.



Dossier médical dans le cadre contentieux

40	Quelles sont les obligations de communication du dossier médical ?	96
41	Comment gérer le dossier médical en cas de conflit ?	97
42	Qu'est-ce que la personne de confiance ?	99
43	Un dossier médical peut-il être saisi ?	101
44	Quelles sont les compétences respectives du chef de service et du directeur d'hôpital ?	103

Quelles sont les obligations de communication du dossier médical ?

Aux termes de la loi du 4 mars 2002, le dossier doit être communiqué au patient à sa demande, le cas échéant par l'intermédiaire d'un médecin référent désigné explicitement, cette possibilité n'étant pas une obligation.

Les délais fixés sont les suivants :

- deux à huit jours pour un dossier datant de moins de cinq ans ;
- deux mois pour un dossier datant de plus de cinq ans ou relevant du domaine psychiatrique (art. 1111-7-2 CSP).

En cas de demande de transmission d'un dossier relatif à une hospitalisation psychiatrique, la remise peut être soumise à la présence d'un accompagnant, au mieux d'un médecin, désigné par le patient.

C'est la totalité du dossier qui sera transmis, **en copie et non en original**, incluant les courriers, les comptes rendus et les documents divers concernant la prise en charge du patient.

Tout retard ou réticence à communication du dossier dans les conditions prévues par la loi constitue une infraction dont la mention dans le dossier peut constituer un facteur aggravant de la situation du médecin, dans l'éventualité d'une procédure judiciaire faisant suite à cette demande de communication du dossier.

À retenir

La transmission du dossier est une obligation légale, issue de la loi du 4 mars 2002. Les délais sont de deux à huit jours pour les dossiers récents, de deux mois pour les dossiers plus anciens ou de nature psychiatrique.

Comment gérer le dossier médical en cas de conflit ?

Qui a accès au dossier médical ?

La loi du 31 juillet 1991 avait initié le principe de l'accès au contenu du dossier par le patient lui-même. La loi du 4 mars 2002 a complété et renforcé cette possibilité sous la pression des associations d'usagers. Le Code de la santé publique dispose 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 lui sont proposés. » Mais cet accès à l'information est formalisé dans l'article 1111-7-1 du Code de la santé publique, qui permet à tout « usager » (!) d'accéder à son dossier, « directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne, le délai de cet accès étant fixé au minimum à 48 h, au plus à huit jours, sauf en cas d'hospitalisation ancienne de plus de cinq ans ou d'hospitalisation en secteur psychiatrique ».

« La présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations peut être recommandée (...) pour des motifs tenant aux risques liés à la révélation d'une pathologie ou d'un pronostic auquel le patient ne s'attend pas. »

Au terme de la loi du 4 mars 2002, la désignation d'une personne de confiance permet au patient de transférer à ce tiers la possibilité de recueillir ces informations et de l'aider à en prendre connaissance, cette personne de confiance pouvant être le médecin traitant ou un membre de la famille.

Le tribunal administratif de Nice a appliqué à ce titre l'article 11 de la loi du 4 mars 2002 en condamnant un centre hospitalier pour défaut de communication de dossier d'une personne décédée (TA Nice, 23 septembre 2005, M. Bugiani c./Centre hospitalier universitaire de Nice, n° 0401598). (Voir aussi CE 10 04 2009, recours 289 794).

À qui appartient le dossier ?

Le contenu du dossier est l'histoire du patient. Elle lui appartient, elle est sa « carte d'identité sanitaire », et personne ne peut l'en déposséder.

Le dossier lui-même est la propriété de son détenteur : médecin ou hôpital. C'est lui qui en assure la garde, et il est propriétaire de sa matérialité, de « l'objet », qu'il s'agisse d'une fiche bristol, de résultats d'examen ou d'un fichier informatique.

Il est très clairement exposé d'ailleurs dans cet ouvrage que jamais le médecin ne doit, même en cas de transmission de dossier sur demande du patient ou d'un confrère, se dessaisir de son dossier, mais fournir soit un document de synthèse, soit une copie des éléments en sa possession, mais en gardant scrupuleusement auprès de lui son dossier du patient.

À retenir

Le patient, la personne de confiance définie dans la loi du 4 mars 2002, le tuteur en cas de tutelle ont accès au dossier médical. L'histoire médicale appartient au patient, et les examens qu'il a payés sont sa propriété, à charge pour le praticien ou l'établissement de soins de lui communiquer dans les délais prévus par la loi du 4 mars 2002, mais le dossier physique appartient à son rédacteur, médecin ou établissement de soins.

Pour en savoir plus

Laine S. L'accès du patient à son dossier médical en médecine libérale : pas si simple... Responsabilité 2004 ; 15 : 11-2.

Qu'est-ce que la personne de confiance ?

Principe¹

« Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. » La personne de confiance « est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions » (art. L.1111-6 CSP).

La personne de confiance :

- accompagne le patient à ses consultations médicales et l'aide dans ses choix ;
- exprime la volonté du patient s'il n'est plus en état de le faire ;
- est un proche du patient (famille, ami) ;
- est l'interlocuteur privilégié de l'équipe soignante, qui doit la consulter si le patient est dans l'incapacité d'exprimer sa volonté.
- bénéficie d'un avis consultatif et exprime la volonté du patient inconscient, notamment en cas d'intervention ou investigation, sauf urgence. En cas de désaccord, c'est au médecin qu'appartient le choix.

Limites

La présence de la personne de confiance n'est pas obligatoire lors des rencontres entre patient et médecin.

La personne de confiance ne décide pas à la place du patient, mais l'aide, le conseille et l'informe.

Le médecin est libre de décider si le choix de la personne de confiance lui semble adapté et judicieux.

Missions de la personne de confiance

- l'article L.1111-4 du Code de la santé publique dispose : « Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance, ou la famille ou, à défaut, un de ses proches, n'ait été consultée » ;
- **recherche biomédicale** : si le consentement du patient ne peut être recueilli, celui de la famille ou de la personne de confiance est sollicité (art. L.1122-1-2 CSP) (Voir aussi cass crim, 24/02/2009, 08-84436) ;

1 Les principaux articles de cette disposition sont présentés en annexe 6 à la fin de cet ouvrage.

- **empreintes génétiques** : consultation de la personne de confiance ou à défaut de la famille ou de proche (art. L.1131-1 CSP) ;
- **réseau de santé** : la personne de confiance peut être amenée à signer le document d'information remis à l'utilisateur (art. D.6321-3 CSP) ;
- **droit des malades en fin de vie** : s'il estime ne pas pouvoir le faire à l'égard du patient lui-même ou de sa famille proche, le médecin doit informer la personne de confiance si le traitement administré pour soulager les douleurs du patient peut abrégé sa vie (loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, complétant l'article L.1110-5 CSP) ;
- **dérogation au secret médical** (art. 1110-4 CSP) :
 - la personne de confiance peut assister aux démarches et entretiens médicaux ;
 - l'examen clinique n'en fait pas partie ;
- **concernant le dossier médical** : la personne de confiance n'y a pas accès, en tous cas direct. Seul le patient, son ayant droit, tuteur ou médecin désigné comme intermédiaire ont accès au dossier médical (art. 1 du décret du 29 avril).

À retenir

La création du concept de personne de confiance officialise et régleme une situation fréquemment rencontrée dans la pratique médicale. Le texte de la loi du 4 mars 2002 permet de se référer à un code de bonne conduite relativement aux rapports (pas forcément très simples) entre la personne de confiance et le praticien.

Un dossier médical peut-il être saisi ?

Le magistrat pénal peut demander la saisie d'un dossier médical. Celle-ci est réglementée par l'article 56-3 du Nouveau Code de procédure civile : « Les perquisitions dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier sont effectuées par un magistrat en présence de la personne responsable de l'Ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant. » Le médecin remettra la totalité des éléments du dossier, y compris les examens complémentaires. Un officier de police judiciaire (OPJ) ne peut procéder à cette saisie que s'il a reçu mandat explicite d'un juge (art. 56 et 76 NCPC). Un représentant du Conseil de l'Ordre est présent lors de la saisie pour contrôler le respect du secret médical et le bon déroulement de l'opération.

Ces pièces sont placées sous scellés sans être lues, et seront remises à l'expert par le magistrat. Une procédure de « scellés ouverts » permettant à l'OPJ ou au magistrat de prendre connaissance du contenu des scellés avant l'expert judiciaire apparaît très contestable car elle expose au risque de nullité de la procédure au nom d'un risque de violation du secret professionnel dans ce cadre de la saisie (art. 59 NCPC). La restitution des pièces est sous la décision du juge d'instruction (art. 99 NCPC).

Le dossier ainsi saisi peut exister sous forme papier ou sous forme informatique. Seul le dossier concerné par l'instruction sera saisi, afin de respecter d'une part le secret concernant les autres dossiers, d'autre part les capacités de maintien de l'exercice professionnel du médecin pour ses autres dossiers.

La loi n° 2004-204 du 3 mars 2004, dite « loi Perben II », prévoit aux articles 60-1 et 77-1-1 du Nouveau Code de procédure pénale la possibilité pour un officier de police judiciaire ou le procureur de la République de requérir « toute personne physique ou morale susceptible de détenir des documents intéressants, et de lui remettre ces documents sans que puisse lui être opposée sans motif légitime l'obligation au secret professionnel ». Ce texte prévoit que la saisie de documents médicaux ne peut, dans ce schéma, intervenir qu'avec l'accord du médecin. Le conseil départemental des médecins de la ville de Paris a rappelé dans son bulletin n° 97 de juin 2006 « qu'il convient d'opposer le secret professionnel à ces réquisitions, la remise de documents médicaux ne pouvant avoir lieu que dans le cas de saisie ou de perquisition », ce qui sous-entend l'impérative présence d'un membre du Conseil de l'Ordre chargé de contrôler la régularité de la saisie dans le cadre du respect du secret, et non sur simple réquisition policière.

Dans cette hypothèse, les médecins qui remettraient des documents en dehors de ce cadre très défini s'exposeraient aux peines prévues au plan ordinal et pénal (art. 226-13 CP et R.4127-4 CSP) pour violation du secret.

À retenir

Un magistrat peut ordonner la saisie d'un dossier médical dans le cadre pénal. Cette saisie doit avoir lieu en présence d'un membre du Conseil de l'Ordre des médecins, et ne concerner que le dossier litigieux à l'exception de tout autre. Des scellées – ouverts ou fermés – peuvent être appliqués. Il est plus que déconseillé de vouloir modifier les termes du dossier avant sa saisie, une mise en examen pour faux et usage de faux risquant alors de venir encore compliquer une situation déjà délicate...

Quelles sont les compétences respectives du chef de service et du directeur d'hôpital ?

Le directeur de l'hôpital « est compétent pour régler les affaires de l'établissement », et « il exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s'imposent aux professions de santé, des responsabilités qui sont les leurs dans l'administration des soins, et de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art ». Par ailleurs, il « représente l'établissement en justice (...) » (art. 6143-7 CSP). Il a en outre compétence pour assurer la « police générale » à l'intérieur de l'établissement. Il a donc qualité pour autoriser ou interdire des visites extérieures dans l'établissement, pouvant interdire une visite s'il estime que celle-ci constitue un risque pour l'établissement et les malades hospitalisés. Cette compétence n'appartient donc pas au chef de service. Toutefois, dans la pratique, les choses sont souvent différentes.

Le même problème se pose en matière d'admission ou de sortie d'un patient dangereux, la décision étant juridiquement du ressort du directeur, mais techniquement du ressort du médecin. Il y aura lieu dans ces circonstances à la prise d'une décision collégiale. Cette situation peut s'exercer dans le domaine des patients présentant des troubles mentaux.

Le chef de service, outre sa fonction de « praticien hospitalier », « organise [le] fonctionnement technique [du service], dans le respect de la responsabilité de chaque praticien, et des missions dévolues à chaque unité fonctionnelle dans le respect du projet de service » (art. L.6146-5 CSP).

Les risques d'engagement de la responsabilité du chef de service étaient auparavant assez larges :

- en tant qu'auteur indirect, ayant concouru au dommage – éventuellement de façon très éloignée – même sans le causer directement ;
- ou en tant qu'auteur médiateur, qui n'avait pas pris, malgré ses fonctions et ses compétences, toutes les mesures permettant d'éviter un dommage. C'est le principe général de la mise en cause de la responsabilité pénale des maires en cas d'accidents sur des équipements sportifs, par exemple.

Cette situation particulièrement dangereuse permettait l'engagement à outrance de la responsabilité pénale du chef de service. La loi Fauchon n° 2000-647 du 10 juillet 2000, redéfinissant les délits non intentionnels, a considérablement modifié cette situation. Aujourd'hui, l'auteur **indirect** d'un dommage n'engage sa responsabilité que s'il a délibérément violé les obligations de prudence légale ou réglementaire ou a commis une faute qui n'est pas « banale » mais « caractérisée », correspondant à un comportement ou une incompétence blâmables, ou une faute d'une extrême imprudence : « Il y a (...) délit lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de

négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir ou des moyens dont il disposait. (...) Les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité, qu'elles ne pouvaient ignorer » (art. 121-3 CP).

La responsabilité de l'auteur direct sera donc toujours engageable du fait d'une faute simple, mais la responsabilité de l'auteur indirect – ici le chef de service – ne sera engageable qu'en cas de faute « caractérisée ».

À retenir

Les compétences juridiques de ces deux personnes sont théoriquement distinctes mais se recoupent parfois dans la pratique. Il est important de noter que la loi Fauchon a réduit notablement le risque d'implication pénale du chef de service en conditionnant la sévérité de la peine encourue à la proximité de l'implication réelle dans la faute.

Pour en savoir plus

Esper C. Responsabilité pénale des acteurs de santé et délits non intentionnels. Responsabilité 2002 ; 5 : 9–11.

V

Responsabilités et fautes

« Un bon accord vaut mieux qu'un mauvais procès. »
Georges Bernard, avocat honoraire

45	Qu'est-ce que la responsabilité civile ?	109
46	De quoi se compose la responsabilité civile du médecin ?	112
47	Qu'est-ce que la responsabilité pénale ?	115
48	Comment se déroule une procédure pénale ?	118
49	Pourquoi les actions pénales suscitent-elles tant l'intérêt de nos patients ?	121
50	Le délit de la mise en danger d'autrui est-il applicable à l'exercice médical ?	124
51	Quels sont les quatre grands principes du droit pénal applicables à la responsabilité médicale ?	126
52	Faut-il dépénaliser la responsabilité médicale ?	130
53	Que devient une action pénale en cas de retrait de plainte ?	132
54	Quel est le déroulement de la « mise en cause pénale » ?	133
55	Un diplôme de docteur en médecine autorise-t-il la pratique de tout acte médical ?	136
56	Qu'est-ce que la responsabilité administrative ?	137
57	Qu'est-ce que la responsabilité disciplinaire ?	140

58	Quelles sont les particularités de la procédure disciplinaire à l'encontre d'un médecin hospitalier ?	141
59	Quelle est la différence entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ?	144
60	Quelle est la valeur juridique des recommandations des sociétés savantes ?	146
61	Quelle est la responsabilité du médecin en cas d'urgence médicale lors d'un vol commercial ?	148
62	Qu'est-ce qu'une « faute d'humanisme » ?	150
63	Qu'est-ce que la « faute de la victime » ?	152
64	Qu'est-ce qu'une « faute détachable » ?	154
65	Qu'est-ce qu'une faute technique ?	156
66	Qu'est-ce qu'une faute présumée ?	157
67	La faute lourde existe-t-elle toujours ?	159
68	Le droit administratif est-il protecteur vis-à-vis du médecin hospitalier ?	161
69	Quelle est la différence entre aléa, erreur, faute et maladresse ?	162
70	Qu'est-ce que le principe de précaution ?	167
71	Qu'est-ce que la non-assistance ?	168
72	Qu'est-ce que l'obligation de moyens ?	170
73	Qu'est-ce que l'obligation de résultat ?	173
74	Que comporte l'obligation de sécurité ?	175
75	Sommes-nous tenus à une obligation de moyens ou une obligation de résultats ?	177
76	Quelle est la responsabilité du médecin du travail ?	180
77	Qu'est-ce que la responsabilité contractuelle du médecin ?	182
78	Quels sont les principaux griefs retenus en matière civile ou administrative ?	183
79	Quels sont les principaux griefs retenus en matière pénale ?	185
80	Quels sont les principaux griefs retenus en matière disciplinaire ?	188

81	Qu'est-ce que la responsabilité du fait des choses ?	190
82	Est-ce une faute professionnelle que de ne pas suivre de formation professionnelle continue ?	192
83	Y a-t-il des spécificités dans la responsabilité du chirurgien esthétique ?	193
84	Quel est le risque chiffré de mise en cause judiciaire de notre activité ?	195
85	Que devons-nous afficher en salle d'attente ?	198
86	Que devons-nous (pouvons-nous) indiquer sur notre plaque ?	200
87	Que doit mentionner une ordonnance ?	201
88	La prescription hors AMM est-elle autorisée ?	202
89	En cas d'erreur dans la rédaction de l'ordonnance, qui est responsable, médecin ou pharmacien ?	205
90	Peut-on refuser d'être le médecin « référent » ?	207
91	Comment rédiger un certificat de non-contre-indication au sport ?	209
92	Peut-on rédiger un certificat sans examiner un malade ?	211
93	Comment rédiger un certificat de décès ?	212
94	Qu'entend-on par « responsabilité conjointe de l'établissement » ?	213
95	En cas de chute d'une table d'examen, la responsabilité du médecin est-elle engagée ?	216
96	En cas de rupture du divan d'examen sous le poids du patient, la responsabilité du médecin est-elle engagée ?	217
97	Quelle est la responsabilité du médecin salarié d'une clinique ?	219
98	La responsabilité du médecin autorisant la conduite automobile d'un patient peut-elle être engagée ?	220
99	Comment rédiger une attestation pour un patient dans un climat judiciaire ?	223
100	Qu'est-ce que la responsabilité sans faute ?	225

101	Quelle est la responsabilité du laboratoire pharmaceutique en cas d'accident grave survenant du fait du produit ?	226
102	Peut-on être poursuivi devant plusieurs juridictions pour un même dossier ?	228
103	Que risque le médecin plagiaire ?	229
104	Comment préparer une instance civile ou une instance disciplinaire ?	231
105	Qu'est-ce qu'une infection nosocomiale ?	233
106	De quoi se composera la réflexion de l'expert en matière d'infection nosocomiale ?	236
107	Qu'est-ce que la présomption de responsabilité ?	238
108	Dans quelles conditions peut-on remplacer un confrère ?	241
109	Qu'entend-on par défaut d'organisation du service ?	243
110	Qu'entend-on par « prescription des poursuites » ?	244
111	Quelles sont les possibilités de poursuites offertes à un plaignant ?	246
112	De quels recours dispose le médecin injustement poursuivi ?	248
113	Quand doit-on contacter un avocat ?	250
114	Que concerne un litige avec la Sécurité sociale dans le domaine de la cotation des actes ?	252
115	Quelles sont les contraintes et les obligations sanitaires en matière de déchets médicaux ?	254
116	Quel est l'avenir professionnel du médecin condamné ?	256
117	Quelles sont les raisons médicales et les motivations juridiques de la mise en cause de la responsabilité médicale ?	258
118	Doit-on déférer à une réquisition judiciaire ?	263
119	Doit-on déférer à la convocation d'un magistrat ?	265
120	Quelles sont les situations dans lesquelles le médecin peut être confronté à la justice ?	266
121	Le médecin peut-il témoigner librement devant la justice ?	267

Qu'est-ce que la responsabilité civile ?

Cadre général

La responsabilité civile concerne les rapports entre les individus et leurs obligations, contraintes et devoirs réciproques. Elle est fondée sur le Code civil, dont la première version, promulguée par l'empereur Napoléon 1^{er} (d'où son nom de « Code Napoléon »), date de 1804.

La responsabilité civile médicale est fondée sur la notion d'obligation de moyens, de faute prouvée et de contrat passé entre le patient et son médecin. Elle relevait initialement de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle (voir fiche 59) et a été remplacée à de très rares exceptions près par une responsabilité contractuelle au terme de l'arrêt Mercier, datant de 1936, qui a dégagé la notion de contrat entre soignant et soigné (voir en annexe 5 le texte de cet arrêt), base de la responsabilité civile. Ces notions de base de la responsabilité civile médicale ont été bien bousculées ces dernières années, et ont par ailleurs été complétées par une jurisprudence riche et récente. À la notion de contrat tacite et de responsabilité contractuelle fait exception le rare exercice « hors contrat », détaillé dans la fiche 59. Il est très exceptionnellement mis en cause, mais se doit d'être mentionné dans ce point général sur la responsabilité civile.

Quelle obligation pour le médecin ?

L'obligation de moyens (voir fiche 72) est une constante de l'esprit de la responsabilité médicale en matière civile, et la Cour de cassation, tout comme le Conseil d'État, consacre et confirme régulièrement cette idée en rejetant l'obligation de résultat « pure » quand elle est réclamée et reconnue par une cour d'appel. Mais la riche jurisprudence, d'une part, la législation, d'autre part, ont supprimé le caractère exclusif de cette notion au profit de deux obligations nées d'arrêts de la Cour de cassation. Ces arrêts consacrent l'obligation de « sécurité-résultat » et créent de ce fait la notion pour le moins inattendue et pour le moins étonnante de « présomption de responsabilité », bataillant contre l'idée (malgré tout bien naturelle *a priori*) d'une faute punissable exclusivement si elle est prouvée. La notion de faute virtuelle est également venue jeter le trouble dans les esprits.

Autre notion bousculée, issue initialement des principes de base du droit et fondée sur l'article 1315, l'idée qu'un créancier doit prouver sa créance pour en être payé : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui s'en prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » Appliquée à la question de l'information due au patient, un revirement fondamental de ce principe, matérialisé par l'arrêt Hédreul en février 1997, qui attribuera la charge de la preuve de la délivrance de cette information (voir fiche 146) au médecin. Objectivement, cette preuve est très difficile à prouver dans certains cas par le médecin, mais la preuve contraire

l'était encore plus (voire impossible) par le patient (casse-tête inextricable de la « preuve négative »). Cette modification initialement jurisprudentielle est confirmée par la loi du 4 mars 2002. Cette notion ne nous est pas (non plus) bien favorable, mais elle revêt en revanche une logique peu contestable.

Rappelons que la responsabilité civile vise à l'indemnisation de la victime d'un dommage par son auteur, que l'auteur se doit, au moins en matière de responsabilité professionnelle médicale, d'être assuré (voir fiche 9) et que l'indemnisation à la victime sera réglée par l'assureur.

Rappelons aussi que les instances civiles sont assurées par les tribunaux civils, à savoir les tribunaux d'instance pour les litiges de faible valeur pécuniaire (inférieurs à 7 600 €), les tribunaux de grande instance (TGI) au-delà, que les jugements de ces tribunaux sont susceptibles d'appel sauf pour les contentieux relatifs à de faibles enjeux financiers devant le tribunal d'instance, et que les 35 cours d'appel se chargeront d'étudier les dossiers dans lesquels un appel aura été interjeté. Rappelons aussi que la Cour de cassation n'est pas, contrairement à ce que l'on entend trop souvent, un troisième degré de juridiction permettant de « faire appel d'un arrêt de cour d'appel ». Cette « juridiction suprême » juge non sur le fond mais sur la forme, en disant si les règles de droit ont été correctement utilisées. La Cour de cassation « dit le droit ». Elle cassera donc l'arrêt d'une cour d'appel qui aura mal appliqué les règles de droit, mais elle pourra aussi, « disant le droit », réorienter certains aspects de la législation dans un sens inattendu ou en tous cas inexistant, créant ainsi une « avancée jurisprudentielle ». Un bon exemple de bouleversement jurisprudentiel est représenté par l'arrêt *Perruche* (voir annexe 5), qui sera cependant très rapidement contré par la loi du 4 mars 2002, dont l'article premier précise que : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du simple fait de sa naissance », détruisant la portée des termes de l'arrêt de la Cour de cassation en l'espèce. Cette annulation d'effet est toutefois incomplète, car au terme de trois arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne peut s'appliquer qu'aux instances judiciaires ayant débuté postérieurement à la promulgation de la loi du 4 mars 2002 (voir fiche 4).

À retenir

La responsabilité civile vise à l'indemnisation de la victime d'un dommage par son auteur. En matière médicale, cette responsabilité est fondée sur le principe d'une faute reliée à un dommage par un lien de causalité, et concerne de nombreuses situations. Elle est fondée sur l'obligation de moyens et de conformité aux données actuelles de la science, mais de nombreux éléments sont venus bousculer ces dernières années les notions d'information, de sécurité et de présomption d'imputabilité.

Pour en savoir plus

- Clément C. Obligation d'information médicale : les divergences des juges administratif et civil. *Petites Affiches* 1999 ; 388 (114) : 12-4.
- Coursier P. Bilan et perspective du droit de la responsabilité médicale en matière civile et administrative. *Revue médicale de l'Assurance maladie* 2000 ; 3 : 55-63.
- Hocquet-Berg S. Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité-résultat. *Gazette du Palais* 7-8 mai 1999 : 20-5.

- Malicier D. Responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire. *Rev Prat* 2001 ; 51 : 1001–6.
- Malicier D, Achache P, Fanton L, Miras A. Perspective sur la responsabilité sans faute. *J Med Leg Droit Med* 1999 ; 42 (7/8) : 657–60.
- Mazières P. Le médecin n'est pas coupable des coups du sort. *Médecine et Droit* 2001 ; 47 : 2–9.
- Pansier J. Présentation de la loi du 30 décembre 2002 sur la responsabilité médicale. *Gazette du Palais* 10-11 janvier 2003 : 5–8.
- Penneau M, Rouge C. Responsabilité médicale : où va-t-on ? *Ann Med Leg* 1999 ; 42 (3) : 231–8.
- Rouge-Maillart C, Pessaux P, Jousset N, Hubert N, Gosset D, Penneau M. L'obligation de moyens et l'obligation de résultat. *Presse Med* 2001 ; 30 (28) : 1380–3.
- Roy P. Responsabilité civile : les chirurgiens d'abord, les généralistes aussi. *Le Quotidien du médecin* 1998 ; 6371 : 27.
- Sargos P. Responsabilité des médecins, aléa thérapeutique et obligation de sécurité-résultat. *Experts CEJ* 2000 ; 49 : 25–6.

De quoi se compose la responsabilité civile du médecin ?

La responsabilité civile du médecin est essentiellement contractuelle, très rarement délictuelle, ou plutôt quasi délictuelle (voir fiche 59).

Contractuelle, elle est fondée sur l'article 1147 du Code civil, l'application de son principe à la question de la responsabilité médicale datant de mai 1936 (arrêt Mercier). Cet arrêt pose de façon parfaitement claire les bases d'une responsabilité médicale spécifiquement désignée comme contractuelle.

L'obligation pour le médecin est évidemment une obligation de moyens et non de résultat (voir fiche 75), sauf dans certaines situations.

Les circonstances de la mise en jeu de la responsabilité médicale (figure 46.1) sont (hélas) nombreuses. On peut citer, de manière non exhaustive :

- **absence et retard de soins**, avec une éventuelle implication pénale pour non-assistance à personne en danger. Un médecin peut toutefois être lui-même souffrant et ne pas pouvoir se rendre au chevet du patient. Il se doit alors de transférer l'appel en s'assurant de l'efficacité de sa démarche afin qu'un confrère se rende effectivement chez le patient ;

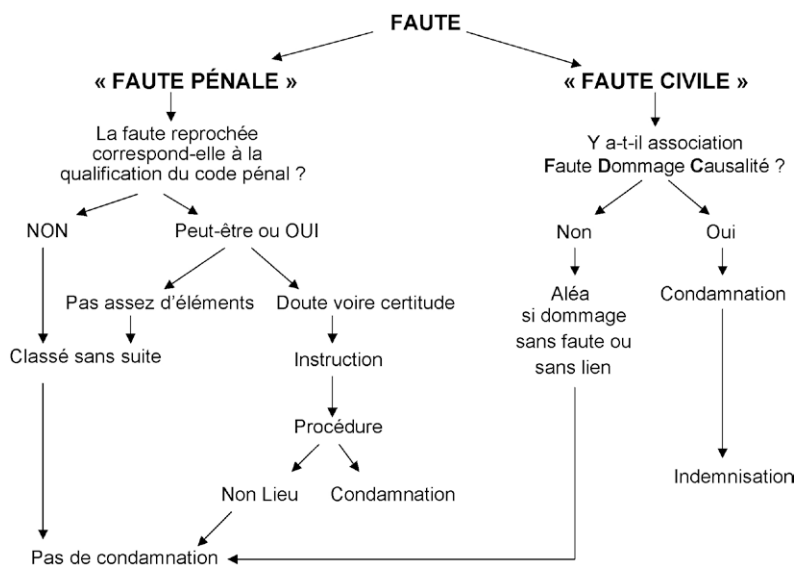


Figure 46.1
Gestion judiciaire de la faute en pratique libérale.

- **erreur de diagnostic** : certains diagnostics sont plus difficiles que d'autres, mais les tribunaux n'excuseront ni une erreur grossière dont le caractère majeur sera attesté par l'expert, ni une erreur commise du fait d'une insuffisance de moyens. Il est notamment souvent reproché la non-hospitalisation immédiate d'un patient dans certaines spécialités à risque comme la pédiatrie ou la cardiologie ;
- **erreur de traitement** : non-respect d'une contre-indication, non-surveillance d'un effet secondaire ou de la fonction rénale dans le cadre d'un traitement dangereux éliminé par voie urinaire, erreur de dose, mauvaise rédaction de l'ordonnance, association de médicaments non compatibles, mauvaise évaluation de la capacité à assumer un traitement anticoagulant, prescription d'associations interdites ou de thérapeutiques autorisées mais dans une indication non admise (opothérapie thyroïdienne dans le but d'un amaigrissement, par exemple) ;
- **retard au déplacement ou inadaptation du moyen de transport d'un malade dans l'urgence** : exemple du patient à hospitaliser en urgence, et à qui on propose de se rendre lui-même à l'hôpital pour gagner du temps plutôt que d'attendre une ambulance ;
- **manque de prudence** dans l'indication de certaines explorations, surtout si des résultats comparables peuvent être obtenus avec des examens inoffensifs (AVC compliquant dans les années 1985 une artériographie de contrôle alors qu'un écho-Doppler aurait parfaitement réglé la question), accidents de techniques invasives, telles nucléolyse, coronarographies, ou encore, tout récemment, la réalisation d'un scanner cervical sans angioscanner dans le bilan d'un AIT sans envisager d'écho-Doppler cervical (irradiation inutile, en outre) : « Procède d'une faute d'inattention ou d'imprudence d'un médecin et n'est pas conforme aux données acquises de la science la prescription d'un médicament pour un traitement dépassant la durée limite d'utilisation de celui-ci et en présence d'une contre-indication signalée tant par la presse médicale que par le dictionnaire Vidal » (CA Paris, 27 septembre 1990) ;
- **insuffisance de surveillance** d'un patient récemment opéré ou venant de subir une ponction artérielle.

À retenir

La responsabilité civile médicale, essentiellement de type contractuel, concerne les manquements fautifs à la bonne marche scientifique du dossier, au nom des données acquises de la science. Elle peut être engagée dans de nombreuses circonstances, comme des fautes de diagnostic ou de prise en charge, des fautes de diligence ou de surveillance.

Pour en savoir plus

- Bernard M, Bernard G. Histoire de la responsabilité médicale. Rev Fr Domm Corp 1997 ; 2 : 133-45.
- Clément C. Obligation d'information médicale : les divergences des juges administratif et civil. Petites Affiches 1999 ; 388 (114) : 12-4.
- Clément S, Piva C. Responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire. Rev Prat 1997 ; 7 : 1967-70.

- Coursier P. Bilan et perspective du droit de la responsabilité médicale en matière civile et administrative. *Revue médicale de l'Assurance maladie* 2000 ; 3 : 55–63.
- Hocquet-Berg S. Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité-résultat. *Gazette du Palais* 7-8 mai 1999 : 20–5.
- Malicier D. Responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire. *Rev Prat* 2001 ; 51 : 1001–6.
- Mazières P. Le médecin n'est pas coupable des coups du sort. *Médecine et Droit* 2001 ; 47 : 2–9.
- Pansier J. Présentation de la loi du 30 décembre 2002 sur la responsabilité médicale. *Gazette du Palais* 10-11 janvier 2003 : 5–8.
- Rouge-Maillart C, Pessaix P, Jousset N, Hubert N, Gosset D, Penneau M. L'obligation de moyens et l'obligation de résultat. *Presse Med* 2001 ; 30 (28) : 1380–3.
- Roy P. Responsabilité civile : les chirurgiens d'abord, les généralistes aussi. *Le Quotidien du médecin* 1998 ; 6371 : 27.

Qu'est-ce que la responsabilité pénale ?

« Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,
article 8, 26 août 1789

On peut en fixer les grands principes selon les notions suivantes :

- le droit pénal vise à l'application de la loi, et non au règlement d'un contentieux. Le procès pénal n'est donc pas un litige entre deux personnes. Il est déclenché **au nom de la victime, mais l'éventuelle condamnation du prévenu ne sera pas faite au bénéfice de cette « victime », mais de « la société »**, aux règles de laquelle le prévenu aura contrevenu, en commettant, selon l'importance de l'action litigieuse, une contravention, un délit, ou un crime. Cependant, la « constitution de partie civile » à l'occasion d'une action pénale permet de formuler une demande indemnitaire en réparation du préjudice subi ;
- « la loi pénale est d'interprétation stricte » (art. 111-4 CP). En ce sens, les faits reprochés au prévenu ou à l'accusé doivent entrer strictement dans les prévisions des articles concernés du Code pénal, notamment 319 ancien et 221-6 pour l'homicide involontaire ;
- l'existence d'un dommage, même important, ne suppose pas forcément l'existence d'une faute, notamment pénale ;
- la responsabilité pénale du médecin, assez rarement engagée dans la pratique, est le plus souvent de nature délictuelle ;
- si la responsabilité civile est « assurable » (assurance « automobile », « habitation » ou « civile professionnelle »), **nul ne peut s'exonérer de sa responsabilité pénale**, qui est personnelle, et « non transférable » vers une assurance ;
- la juridiction compétente est le **tribunal correctionnel** pour les infractions de nature délictuelle, et les peines encourues sont des amendes ou des peines d'emprisonnement, la prescription étant triennale. En matière criminelle, c'est la **cour d'assises** qui sera compétente, et la prescription est décennale. Les peines sont de même nature mais plus lourdes ;
- la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante, c'est-à-dire soit la partie civile, qui a déclenché les poursuites pénales en déposant une plainte, soit le procureur de la République. Au-delà du critère dommage-faute-causalité propre à la responsabilité civile et condition *sine qua non* pour envisager une condamnation par cette juridiction, c'est ici la cohérence entre la faute établie du prévenu et la définition de l'infraction qui permet la condamnation pénale ;
- le principe d'identité des fautes pénales et civiles pénalisait la victime en fixant une obligation de cohérence entre les juridictions : en d'autres termes, l'absence de reconnaissance d'une faute pénale rendait impossible une indemnisation au

civil. La loi du 10 juillet 2000 rend caduques les dispositions d'un arrêt de la Cour suprême du 18 décembre 1912 et rend ces décisions judiciaires indépendantes.

Les circonstances les plus fréquentes dans lesquelles la responsabilité pénale peut être engagée sont :

- « les atteintes involontaires à la vie » (art. 221-6 et 7 NCP) ;
- « Les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne » (art. 222-19 à 21 NCP) ;
- « L'expérimentation sur la personne humaine » (art. 223-8 et 9 NCP, en vertu de l'article 221-6 NCP) ;
- « l'interruption illégale de la grossesse » (art. 223-10 NCP) ;
- « la mise en danger de la vie d'autrui » et « l'imprudence, la négligence ou le manquement à une obligation de prudence et de sécurité » (art. 121-3 et 223-1 à 20 NCP) ;
- « l'omission de porter secours » (art. 223-5 à 7 NCP) ;
- « les faux certificats » (art. 28 CDM et 441-1 NCP).

Il faut également rappeler que, en matière pénale également, l'existence d'un lien de causalité est fondamentale pour définir la responsabilité d'un prévenu. C'est en effet ce qu'exprime l'arrêt de la Cour de cassation en date du 14 mai 2008 (Ch. crim., 14 mai 2008, Bull. n° 112, pourvoi n° 08-80.202).

Tout comme en matière civile, le juge doit s'assurer, avant de déclarer un prévenu coupable d'homicide, que le lien de causalité entre la faute et le dommage est certain : une patiente récemment opérée d'une liposuccion réalisée par un médecin généraliste présente des manifestations pour lesquelles l'opérateur fait administrer vingt milligrammes de Tranxène® par voie intraveineuse. Peu après l'injection, la patiente sombre dans un coma profond dont elle ne se réveille pas. Le médecin est poursuivi sous le chef d'homicide involontaire devant le tribunal correctionnel, qui le relaxe. Cet avis est confirmé par les deuxièmes juges pour lesquels, si le décès était en rapport avec l'injection de Tranxène®, il existe une incertitude sur le point de savoir si la complication résultait d'une hypersensibilité de la malade à ce produit ou d'une interaction avec d'autres produits du même type qui lui auraient été précédemment prescrits.

La cour d'appel considère que l'absence d'analyse préopératoire et l'injection postopératoire de Tranxène®, en l'absence d'intervention d'un anesthésiste-réanimateur, ne suffisaient pas à établir à la charge du médecin une faute entretenant un lien de causalité certain avec le décès.

Ces motifs ont été approuvés par la chambre criminelle.

À retenir

La responsabilité pénale punit un manquement envers la règle établie. En matière médicale elle est essentiellement relative à des blessures involontaires, à la violation du secret, à la non-assistance, rarement à l'homicide involontaire. La faute pénale est personnelle et non assurable. Elle fait courir le risque d'une condamnation à une peine d'amende et à une peine de prison.

Pour en savoir plus

- Blancher G. Faut-il dépénaliser la responsabilité médicale ? Bull Acad Med 2001 ; 185 (9) : 1717–23.
- Donnier A. Chronique de jurisprudence sur la responsabilité pénale du médecin. Médecine et Droit 1999 ; 37 : 9–13.
- Esper C. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2001 sur la responsabilité médicale des acteurs de santé. Médecine et Droit 2002 ; 53 : 6–10.
- Esper C. Responsabilité pénale des acteurs de santé et délits non intentionnels. Responsabilité 2002 ; 5 : 9–11.
- Fabre H. Plaintes abusives et médiatisation outrancière : quels recours pour les médecins ? Médecine et Droit 1995 ; 13 : 16–9.
- Jonas C, Penneau M. Les rapports entre la faute pénale et la faute détachable du médecin de service public. J Med Leg 1999 ; 42 (7/8) : 591–5.
- Lachaud Y. Causalité indirecte et faute qualifiée en responsabilité médicale après la loi du 10 juillet 2002. Gazette du Palais 7-8 septembre 2001 : 10–6.
- Malicier D. La responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire. Rev Prat 2001 ; 51 : 1001–6.
- Mistretta P. Responsabilité pénale à l'aune de la loi du 10 juillet 2001 : évolution ou révolution ? JCP 2002 ; 28 : 1285–91.
- Sicot M. Y a-t-il un recours après une plainte injustifiée ? Concours Med 1997 ; 119 (3) : 314–5.
- Veron M. La responsabilité pénale du médecin. Petites Affiches 1999 ; 388 (189) : 23–8.
- Veron M. La responsabilité médicale au sein d'une équipe médicale : homicide et blessures involontaires. Gazette du Palais 1996 ; 329/331 : 2–6.

Comment se déroule une procédure pénale ?

On a vu à quel point l'option pénale peut être tentante pour certains patients. C'est pourquoi il faut considérer cette menace comme un risque réel. Il faut rappeler qu'une action pénale peut toucher tout médecin, quel que soit son mode d'exercice, et qu'en outre cette action devant la « juridiction répressive » peut être associée à une action disciplinaire et une action soit civile, soit administrative.

Aujourd'hui, les plaintes pénales représentent 9,5 % des actions judiciaires, et environ 30 à 40 % des plaintes aboutissent à une condamnation. La présomption d'innocence est censée s'appliquer et « on est innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable ».

Modes de dépôt de plainte

Les dépôts de plainte peuvent se faire selon trois modes :

- directement dans un commissariat ;
- par courrier ou par l'intermédiaire d'un avocat auprès du procureur de la République ;
- ou directement devant le doyen des juges d'instruction en se constituant partie civile.

Dans les deux derniers cas, il y aura audition par les services de police ou la gendarmerie.

Secret médical

Le respect du secret médical est à ce stade une donnée fondamentale, et le médecin devra naviguer entre cette notion de secret, l'obligatoire coopération avec les services de police et la défense de ses intérêts. Toutefois, il est explicitement prévu que le médecin peut livrer des informations couvertes par le secret aux seules fins d'assurer sa défense (voir fiche 23).

Déposition

La déposition est un moment particulièrement important de cette phase initiale de la procédure. Le médecin étant cité à comparaître a l'obligation légale de déférer à cette demande, mais pourra ensuite librement refuser de révéler certains faits dès lors qu'il en aura eu connaissance dans le cadre de son exercice professionnel. Il est conseillé de rédiger une version – exacte ! – écrite des faits et de la répéter lors des successives demandes, afin de ne pas risquer de se contredire entre deux auditions. Le procès verbal d'audition devra être signé par le médecin mis en cause, mais il est fondamental de relire ce que l'on signe et de ne pas signer si ce qui est écrit n'est pas conforme à ce qu'on vient de dire, sans céder à d'éventuelles intimidations évoquant l'inutilité de relire... **On ne signe qu'après**

avoir relu ! Car cette déposition, une fois signée, constitue le premier élément de la procédure et aura un *a priori* de véracité, probablement bien difficile à combattre ultérieurement.

Garde à vue

La garde à vue est exceptionnelle en matière médicale. Elle est décidée pour éviter que des concertations puissent aboutir à des falsifications de dossier. Elle est de 24 heures renouvelables une fois. Pendant cette période, le mis en cause peut se faire assister d'un avocat, mais celui-ci n'a pas accès au dossier. Cette situation pour le moins cocasse ne permet pas à l'avocat d'intervenir, mais il est finalement là pour informer son client du déroulement ultérieur des événements, et vérifier que tout se passe dans les règles.

Intervention du procureur et du juge d'instruction

À ce stade, le procureur peut décider de classer sans suite. La procédure est arrêtée, mais le dossier peut être ouvert à nouveau pendant le délai de prescription (voir fiche 110), soit trois ans en matière délictuelle.

Mais il peut aussi décider de poursuivre l'action et de transmettre le dossier à un juge d'instruction. Celui-ci pourra :

- ordonner la désignation d'un expert ;
- faire saisir le dossier ;
- procéder à des auditions ;
- et procéder à la saisine des services de police pour étendre le champ des investigations.

La saisie du dossier au cabinet ou dans un service hospitalier peut constituer la première phase visible de la procédure pour le médecin, celui-ci n'ayant pas été informé préalablement. Il est alors recommandé de faire une copie de ce dossier, et il est bien sûr très déconseillé de se livrer à une falsification du dossier.

N'ayant pas assez d'élément mais disposant d'arguments qu'il jugera sérieux, le juge d'instruction peut prononcer le statut de « témoin assisté », statut siégeant entre « témoin » et « mis en examen ».

Mise en examen

La mise en examen (anciennement « inculpation ») est décidée en cas d'« **indices graves et concordants** ». Elle est prononcée dans le cadre de l'instruction, qui doit être menée « à charge et à décharge », afin de préserver les intérêts légitimes de chacun. Elle constitue un tournant dans la procédure :

- le mis en examen a accès au dossier, ainsi que son avocat, lequel peut participer à toutes les étapes de cette phase d'investigation ;
- le mis en examen ne peut plus être entendu par la police mais uniquement par le juge ;
- il peut demander des mesures d'instruction complémentaire.

Expertise médicale

L'expertise médicale en matière pénale n'est pas contradictoire, comme elle l'est dans les autres cadres juridictionnels. Il n'est à ce titre pas explicitement prévu que le médecin assiste à l'expertise, ce qui apparaît pour le moins étonnant. Il est certainement dans son intérêt de demander au juge d'instruction à participer à ces opérations d'expertise. Il y a lieu de rappeler la loi du 5 mars 2007 et les modifications qu'elle apporte en instillant une certaine dose de contradictoire dans la procédure pénale (voir fiche 132). L'expertise pénale peut éventuellement consister en une audition du mis en examen, dans le bureau du juge d'instruction.

Audience

À l'audience, la solennité du lieu impose le respect. Des explications claires et précises sont indispensables. Mais la forme importe fondamentalement. On ne va pas en correctionnel pour fanfaronner et prendre les juges de haut. L'attitude, sans être humble, doit être modeste et technique. La tenue vestimentaire, le geste et le verbe doivent aller de pair. Il faudrait que chacun, ne serait-ce que pour sa culture personnelle, aille un jour passer un après-midi dans une salle d'audience correctionnelle, pour y voir l'ambiance, la misère, les délinquants, les mensonges, ce que voient les magistrats et qu'ils voudraient sans doute moins voir, et les codes, les règles qui existent dans ces lieux. Attention à ne pas les transgresser. Au-delà du fond du dossier, courtoisie, correction, strict respect vis-à-vis de l'institution judiciaire et de ses représentants sont des notions fondamentales qui peuvent sans aucun doute influencer en positif, mais sans aucun doute en négatif en cas de faux pas dans ce registre.

À retenir

La procédure pénale est lourde et potentiellement dangereuse, elle concerne un mode de fonctionnement et un « monde » auxquels nous ne sommes pas habitués, avec ses contraintes, ses usages et ses risques, sérieux. Les griefs les plus fréquents sont les blessures par imprudence et la violation du secret.

Pour en savoir plus

Code de procédure pénale.

Loi 2000-516 du 15 juillet 2000 relative à la présomption d'innocence et aux droits des victimes.

Loi 2004-204 du 3 mars 2004, dite « loi Perben II ».

Paley-Vincent C, Chabrun-Robert C. Comment se préparer à une audience pénale ? Responsabilité 2005 ; 5 : 12-4.

Potier M. Le médecin et le juge pénal. L'enquête préliminaire et l'instruction préparatoire. Responsabilité 2005 ; 5 : 9-11.

Pourquoi les actions pénales suscitent-elles tant l'intérêt de nos patients ?

Dans l'esprit d'un plaignant, « on doit payer sa faute ». Et plus celle-ci apparaît inadmissible, plus elle doit donner lieu à une sanction qui « marquera les esprits ». L'action pénale représente environ 9,5 % des « réclamations », d'après le GAMM, moins de la moitié de ces actions se soldant selon les mêmes références par une condamnation.

Action disciplinaire

Une action disciplinaire devant le Conseil de l'Ordre est volontiers vécue par le plaignant comme strictement interne au monde médical et potentiellement entachée de doute quant à la réelle efficacité de ce type de démarche, une crainte de corporatisme protectionniste à l'évidence non justifiée planant irrémédiablement sur ce type de procédure.

Action administrative

Une action administrative est l'aboutissement de l'échec d'une « préprocédure » indemnitaire et en constatant que le médecin, en dehors des fautes mettant en jeu sa responsabilité pénale ou relatives à une faute détachable (voir fiche 64), n'est finalement pas impliqué directement (ni concerné financièrement), le plaignant peut ne pas être satisfait de l'efficacité de sa démarche. L'indemnisation éventuellement obtenue au terme de cette action est une chose, mais le médecin « n'a pas payé pour ce qu'il a fait », en dehors d'une majoration parfois symbolique de la prime d'assurance du praticien, si tant est que l'hôpital exerce une action récursoire en demandant à son agent de faire rembourser par son assureur les indemnités allouées à la victime.

Action civile

Une action civile pourra être perçue avec le même regard de satisfaction face à l'indemnisation reçue quand elle est accordée par le magistrat mais c'est toujours cette dette personnelle dont le médecin est considéré comme débiteur du fait de la faute commise qui n'est pas acquittée car, comme chacun sait, c'est l'assurance qui indemnise.

Action pénale

Reste... l'action pénale, « infamante, humiliante », et personnelle, faisant courir le risque d'une condamnation à une privation de liberté, fût-elle avec sursis. L'assurance est contrainte « d'ouvrir son porte-monnaie » au civil, mais le médecin est

« traîné en correctionnelle » au pénal, le risque étant identique en pratique libérale et hospitalière. Pourtant, la prescription des poursuites est plus courte (trois ans en matière délictuelle contre dix ans à compter de la consolidation en matière civile) et la définition pénale des griefs est plus restrictive que les motivations d'une condamnation civile, les griefs devant s'approcher au mieux de la définition qui en est faite dans le Code pénal (art. 111-4), au risque que le demandeur ne se voie débouté de sa demande. En outre, la loi Fauchon, loi 2000-647 du 10 juillet 2000 portant sur les délits non intentionnels, a notablement restreint les risques effectifs de condamnation pénale, en tous cas en milieu hospitalier. La publicité médiatique complète la satisfaction du plaignant de voir son médecin traîné non seulement « devant les tribunaux » mais aussi en pâture dans la presse, laquelle oubliera vite la loi 2000-516 du 15 juin 2000 sur la « présomption d'innocence », et se saisira bien vite d'une telle aubaine. Saisie du dossier et perquisition au cabinet pourront venir compléter ce tableau... angoissant ! Rappelons cependant succinctement que l'article premier de cette loi du 15 juin 2000 apporte des modifications majeures aux différentes phases de la procédure et que globalement ce texte a été voté dans un but d'instauration de l'appel en matière délictuelle et criminelle, de réforme de la liberté conditionnelle, de modification du régime de la garde à vue, de réforme du déroulement de l'instruction et de la détention provisoire, et d'établissement de nouvelles dispositions relatives à la presse, destinées à contrer certaines « actions médiatiques » précédant et jugeant avant les « actions judiciaires » :

- « La procédure pénale doit être équitable et **contradictoire** et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.
- « L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale.
- « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa **présomption d'innocence** sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.
- « Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.
- « Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.
- « Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.
- « Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction. »

L'article 2 révisé l'article 81 du Code de procédure pénale en le complétant par « [le juge d'instruction] instruit à charge et à décharge ».

Autre aspect non négligeable de la question, la gratuité de la démarche pénale, puisque la plainte déposée concerne une possible infraction au Code pénal,

intéressant l'ordre public, et qui sera donc reprise par le procureur de la République au nom de l'État, l'instruction étant alors menée par le juge d'instruction, le plaignant pouvant dès lors rester en retrait dans sa position de victime dès lors que l'action publique a commencé, et non au devant de la scène comme au civil, et le « ministère d'avocat » n'est pas imposé au pénal. Précisons pour être complet que le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile donne lieu à une consignation (dépôt d'une somme au greffe du tribunal) assez importante, même si elle doit être le plus souvent remboursée au décours de la procédure.

Toutes ces raisons expliquent la recrudescence des actions pénales dans les démarches contentieuses actuelles.

À retenir

Malgré les difficultés pratiques et la nécessité de plus grande rigueur procédurale en matière pénale, la gratuité, d'une part, et le caractère infamant de la condamnation à l'encontre du médecin, d'autre part, incitent visiblement de plus en plus nos concitoyens à recourir à cette voie juridictionnelle, qui nous angoisse en ce qu'elle n'est ni transférable ni assurable et que ses conséquences sont potentiellement extrêmement lourdes.

Le délit de la mise en danger d'autrui est-il applicable à l'exercice médical ?

Ce risque pénal est hélas une réalité juridique : non-conformité d'une action, qui aurait pu entraîner un dommage qu'elle n'a pas entraîné, mais auquel elle a exposé la victime. L'article 223-1 du Code pénal dispose « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. »

La caractéristique principale de cette infraction est que la réalisation d'un dommage n'est pas exigée pour mettre en jeu la responsabilité. On est ici dans le domaine du risque encouru et non pas du dommage réalisé. Encore faudra-t-il que le chef de poursuite (la motivation juridique) corresponde strictement aux critères pénaux de cette entité, car rappelons le, « la loi pénale est d'interprétation stricte ». On peut donc concevoir l'éventualité qu'une faute technique soit condamnée au civil mais pas au pénal.

À titre d'illustration, on citera cet arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble : « Est coupable de mise en danger délibérée d'autrui, le prévenu, médecin de garde qui a été dépêché par le SAMU auprès d'une patiente prise de vomissements et de violentes douleurs abdominales. Il ressort de l'expertise médicale que l'examen réalisé par le prévenu a été des plus sommaires et que la description qu'il a pu faire de l'état de la patiente comporte des lacunes et des imprécisions. Il a fait preuve d'insuffisance professionnelle en ne prenant pas contact avec le médecin régulateur du SAMU alors qu'il se trouvait en présence d'une patiente ayant subi quelques jours avant une intervention chirurgicale sur le muscle cardiaque. Cette insuffisance doublée de désinvolture caractérise la violation de l'obligation particulière de sécurité et de prudence définie aux articles 32 et 33 du Code de déontologie médicale (C. santé publ., art. R. 4127-32 et R. 4127-33) ayant exposé la patiente à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente » (G.app., Grenoble (1re Ch. corr., 28 février 2007).

Dans ce dossier, les critères sont effectivement réunis :

- existence d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ;
- violation manifestement délibérée de cette obligation ;
- exposition directe d'autrui ;
- existence pour autrui d'un risque immédiat de blessure ou de mort.

À retenir

La mise en danger d'autrui, répondant à l'article 223-1 du Code pénal, constitue un risque de poursuite en cas d'attitude ayant pu occasionner un dommage, même si celui-ci ne s'est pas réalisé, du fait de la transgression de règles de sécurité auxquelles était soumis l'auteur de l'infraction, et qui auraient pu occasionner un dommage certain.

Quels sont les quatre grands principes du droit pénal applicables à la responsabilité médicale ?

Principe de la légalité des délits et des peines

(art. 111-2 et 3 CP)

Il existe un texte qui détermine les faits et les peines encourues. La classification des infractions détermine le niveau de la procédure (contraventionnelle, délictuelle ou criminelle).

La qualification est le travail du juge pénal. Mais globalement les questions que l'on doit se poser sont celles-ci :

- existe-t-il un texte réglementant le fait ?
- existe-t-il un élément matériel de constitution de l'infraction ?
- existe-t-il un élément moral (intention, faute par imprudence) ?

À ces éléments s'ajoutera la notion d'élément intentionnel.

C'est l'article 121-3 qui définit l'intentionnalité. En l'absence d'intentionnalité, la qualification reste correctionnelle : blessures ou homicide **involontaire**. Une exception : le concept de mise en danger délibérée de la vie d'autrui, qui constitue évidemment une circonstance aggravante.

On peut donc se résumer en établissant qu'intention, mise en danger délibérée, dommage indirect mais faute caractérisée sont des éléments fautifs mais, pour ce dernier point, une faute simple suffira à retenir l'infraction s'il s'agit d'un auteur direct, alors qu'une faute plus importante sera nécessaire pour prouver l'infraction en cas d'auteur indirect, face à une atteinte à l'obligation de prudence et de sécurité.

À chaque instant de la procédure, la qualification des faits doit rester constante :

- OPJ (Officier de police judiciaire) ;
- procureur ;
- juge d'instruction ;
- siège.

La loi pénale est d'interprétation stricte

(art. 111-4 CP)

Il n'est donc pas envisageable de procéder par analogie d'un dossier à un autre et chaque dossier est un cas d'espèce. Par ailleurs, il n'y a pas d'extension possible du champ d'action du juge.

Deux affaires ont fait l'objet d'arrêts importants de la Cour de cassation à ce sujet et notamment dans un contexte d'évaluation du droit de la personne, en l'espèce de la personne à naître.

Ils font allusion aux articles 32 et 33 du Code de déontologie médicale, rappelés ici et présentés à la fin de l'ouvrage dans l'annexe 2 :

- article 32 : « 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 » ;
- article 33 : « Le médecin doit toujours 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 ».

Premier dossier

Le médecin doit savoir s'entourer d'avis compétents en cas de doute, faute de quoi il met en danger la vie d'autrui (Civ. 1^{re}, 27 novembre 2008).

Attendu que Mme X a donné naissance, le 18 janvier 2002, à un enfant présentant une agénésie de l'avant-bras droit et de la main droite, non détectée lors d'une échographie de contrôle, réalisée le 22 octobre 2001, motivée par l'incertitude des résultats des précédentes échographies, toutes pratiquées par Mme Y, médecin radiologue, agissant seule ; que M. Z et Mme X, père et mère de l'enfant, agissant tant en leur nom personnel qu'ès qualités de représentants légaux, ont recherché la responsabilité de Mme Y en lui reprochant de n'avoir pas détecté cette malformation lors des cinq échographies pratiquées au cours de la grossesse ;

Attendu que pour rejeter les demandes dirigées à l'encontre de Mme Y, la cour d'appel, après avoir constaté que l'expert avait précisé que, devant le doute diagnostique sur la présence ou l'absence d'un membre, il aurait été de bonne pratique de faire contrôler cette anomalie, énonce que les articles 32 et 33 du Code de déontologie médicale ouvrent à cet égard une possibilité mais n'imposent pas une obligation ;

Qu'en statuant par de tels motifs, alors qu'en présence d'un doute diagnostique, qu'elle avait ainsi constaté, les articles 32 et 33 du Code de déontologie médicale faisaient devoir au praticien de recourir à l'aide de tiers compétents ou de concours appropriés, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés ;

Par ces motifs, casse et annule, (...) »

Ici, la Cour suprême considère que la motivation de la cour d'appel consistant à énoncer que les articles 32 et 33 du Code de déontologie médicale constituent une possibilité mais pas une obligation de satisfaire à un complément d'information auprès d'un confrère n'est pas recevable en ce que, dans ce dossier, l'attitude du praticien consistant à se contenter d'une incertitude n'est pas acceptable, engageant clairement la responsabilité du radiologue, et qu'en l'espèce les articles 32 et 33 doivent être considérés comme contraignants, obligeant de fait le praticien à s'entourer d'autres avis : « Tel n'est pas le cas lorsqu'un médecin

s'abstient de poursuivre les investigations alors qu'il a des doutes lors des échographies qu'il pratique. Sa responsabilité doit être engagée. »

Ces articles 32 et 33 doivent être lus comme constituant une obligation – et non une simple possibilité – de recourir à un avis complémentaire.

Deuxième dossier

Cet arrêt est tout à fait remarquable, en ce qu'il est la matérialisation de deux situations de causalité pour deux fautes, l'une directe et l'autre indirecte, relative à un même événement (Ch. crim., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 07-81.509).

Une enfant est opérée d'une chirurgie simple. Elle décède à la suite d'une intoxication à l'eau provoquée par une confusion dans la prescription de l'anesthésiste. La perfusion prescrite est une solution isotonique de sérum glucosé à 5 % mise en place, dans l'après-midi, par une infirmière d'un centre hospitalier. L'infirmière pense appliquer la prescription de perfusion de G5 (« perf. GV ») alors que cette prescription était en fait non pas GV (5) mais GV comme « garde-veine ».

L'infirmière, comme le médecin, ont été déclarés coupables d'homicide involontaire, mais la cour d'appel a opéré une distinction entre les fautes commises par les prévenus.

Le médecin a été condamné pour avoir commis une faute caractérisée en relation certes indirecte avec le décès, mais pour autant certaine, en ne formulant pas, avec toute la clarté indispensable, la prescription relative à la perfusion. C'est donc une causalité indirecte.

L'infirmière est condamnée en première instance et en appel, les juges du second degré estimant que son comportement était constitutif d'une faute d'imprudence et de négligence qui avait directement causé la mort de la jeune patiente (absence de demande de précision envers le médecin sur la signification exacte de « perf. GV »). Elle a administré sur un court délai, et en grande quantité, un produit inapproprié, qui ne correspondait pas à celui qui était perfusé à l'arrivée de l'enfant dans le service. C'est donc une causalité directe.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par les prévenus en considérant que la juridiction du second degré avait justifié sa décision :

- « (...) qu'en donnant une prescription imprécise qualitativement et quantitativement, en violation délibérée des règles de sa déontologie, le docteur X a contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage au sens de l'article 121-3 du Code pénal (annexe) ; que le lien de causalité entre sa faute et le décès de l'enfant, pour n'être qu'indirect, n'en n'est pas moins certain (...) » ;
- « (...) la prévenue, qui n'a pas accompli les diligences normales que ses compétences, (...) lui permettaient d'assurer, a commis une faute de négligence et d'imprudence entretenant un lien de causalité certain et direct avec le dommage ».

Dans ce dernier dossier, la cour juge que les critères permettant d'établir la culpabilité au titre de l'homicide involontaire (et non plus de la mise en danger de la vie d'autrui) sont effectivement réunis, il ne s'agit plus du non-respect d'un code professionnel mais de la réalité d'une faute pénale dont les composants sont présents : imprudence et négligence ayant directement entraîné la mort du jeune

patient. Et même si, concernant le médecin, la causalité n'est qu'indirecte, elle en est cependant certaine, la causalité relative à l'infirmière étant, elle, en revanche, certaine et totale.

Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait (art. 121-1 CP)

Il n'existe donc pas de responsabilité pénale du fait d'autrui. En matière médicale, il n'y a pas de complice, mais des éventuels coauteurs.

Toutefois, il y a lieu de bien distinguer la notion d'auteur direct et d'auteur indirect.

Autorisation de la loi : tout acte médical et en tous cas chirurgical est une agression volontaire

(art. 122-4 CP)

La loi efface le caractère pénal des faits dans certaines circonstances :

- trouble mental ;
- légitime défense ;
- **état de nécessité = acte médical ou chirurgical** ;
- ordre de la loi : n'est pas pénalement responsable celui qui agit par un acte prescrit ou autorisé par les textes législatifs ou réglementaires.

À retenir

Quatre grands principes juridiques fondent les bases de raisonnement en droit pénal :

- principe de la légalité des délits et des peines (art. 111-2 et 3 CP) ;
- la loi pénale est d'interprétation stricte ;
- nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ;
- la loi autorise un acte médical qui, même s'il a un but thérapeutique, constitue une agression à l'égard du corps du patient.

Faut-il dépénaliser la responsabilité médicale ?

Le cauchemar du pénal

La mise en examen d'un médecin a un caractère destructeur et infamant incontestable. C'est d'ailleurs souvent l'une des motivations du plaignant. Cette situation peut en outre être complétée d'une médiatisation inappropriée de certains organes de presse, avides de faire sensation et de vendre du papier, oubliant que, par principe et d'autant plus que la loi dite « Présomption : d'innocence » du 15 juin 2000 rappelle ce grand principe : « on est innocent tant qu'on n'a pas été condamné ». Cette situation peut cependant se transformer rapidement en présomption de culpabilité, concernant un médecin certes mis en examen mais pas forcément coupable (seules 15 % des actions pénales aboutissent à une condamnation), ce médecin étant également un fils, un mari, un père, dont l'entourage voit le nom souillé *a priori*, bien que sans raison et sans preuve.

L'impact social

Le corps médical risque d'être déconsidéré aux yeux du public, c'est à dire de nos patients, qui vont prendre l'habitude de voir leur médecin traduit en correctionnelle, comme un vulgaire voleur de voiture, simplement parce que le plaignant a voulu « marquer le coup ». L'image de cette profession doit-elle obligatoirement passer par ce type de « sanction préalable » avant même tout examen du dossier ? Comment peut-on envisager que de jeunes bacheliers gardent la passion de l'exercice médical si celui-ci est assorti d'un risque inapproprié d'actions pénales ? Cette situation n'explique-t-elle pas – au moins en partie – l'abandon de certaines spécialités par nos futurs successeurs face à ce type de risque judiciaire ? Il n'est pas question de refuser d'assumer ses responsabilités et de dénier au corps médical toute possibilité de mise en cause, même pénale. Mais la tendance actuelle face à cette action répressive est le plus souvent injustifiée puisqu'elle n'aboutit qu'à une proportion heureusement relativement modeste de condamnations. Les vieux médecins que nous serons un jour seront-ils contraints de poursuivre malgré tout leur activité, au nom de la continuité des soins, au risque d'être une nouvelle fois pénalement responsables car plus forcément à même de prendre toutes les précautions voulues ?

La vie citadine, volontiers mouvante et fatigante, ne facilite pas la souhaitable sérénité devant exister entre médecin et patients, et risque de constituer le terreau de relations superficielles et transitoires, qui n'ont ni le temps ni la possibilité de se constituer en relation de confiance, et donc de qualité, permettant d'éviter un recours facile à la juridiction répressive.

Des pistes raisonnables

Le président de l'Académie nationale de médecine a envisagé en 2001 que soit proposé un projet fixant que « les dispositions des articles 221-6 et 222-19 du Code pénal ne sont applicables aux praticiens des professions médicales et paramédicales qu'en cas de faute mettant en cause leur honneur et leur moralité ». Cette proposition peut paraître hautement corporatiste, protectionniste et inéquitable. Toutefois, la question n'est pas forcément aussi incongrue qu'elle le paraît, et elle a de toute façon le mérite de poser le problème.

Plus concevable peut être, et moins « individualiste » dans l'esprit, serait que le recours à la juridiction pénale ne soit ouvert qu'après que la question de l'indemnisation financière a été réglée, ce qui permettrait d'épuiser quelque peu le désir « d'en découdre » de certains, rassurés qu'ils seraient alors d'avoir obtenu une indemnisation financière. Cela aurait l'intérêt de simplement différer le recours à la juridiction répressive, la question de la prescription pouvant être alors adaptée aux délais ainsi imposés (en faisant débiter cette prescription au jour où la décision indemnitaire devient définitive), les questions financières – qui peuvent constituer une urgence en termes de compensation de lourdes dépenses – ayant été réglées préalablement.

« Si la dignité du malade mérite d'être préservée en premier, si le plus grand respect est dû à sa souffrance et à sa détresse, il faut songer aussi à la dignité du médecin » (G. Blancher).

À retenir

Les poursuites pénales à outrance n'apportent bien souvent rien d'autre que le fait de déconsidérer le médecin, et donc peu ou prou la profession médicale. Plusieurs idées sont proposées afin de réduire ce risque réel et non assurable lié à l'acharnement de certains, notamment le fait de conditionner l'ouverture de poursuites pénales à la conclusion des actions indemnitaires, civiles ou administratives.

Pour en savoir plus

Blancher G. Faut-il dépenaliser la responsabilité médicale ? Bull Acad Med 2001 ; 185 (9) : 1717-23.

Que devient une action pénale en cas de retrait de plainte ?

La plainte avec constitution de partie civile n'est pas stoppable à vau-l'eau. Elle correspond à la dénonciation d'une infraction par sa victime supposée. Même si finalement la victime trouve un intérêt à cette situation ou n'y trouve plus de préjudice, l'infraction demeure... et sera poursuivie par le parquet qui en aura eu connaissance. Il reprendra alors à son propre compte l'action du plaignant, en tant que garant du respect de la loi.

De deux choses l'une :

- le fait n'est pas qualifié (par la loi pénale) : ce sera un non-lieu ;
- le fait est qualifié par la loi pénale : le dossier ira donc à son terme et si le prévenu est finalement considéré comme responsable, il sera condamné, même si entretemps la plainte a été retirée.

Par ailleurs, même en cas de relaxe d'une infraction pénale involontaire, le juge pénal peut statuer en matière d'indemnisation des intérêts civils.

Un dépôt de plainte n'est donc **jamais** anodin...

À retenir

Un dépôt de plainte révèle une infraction aux représentants de la loi. Si l'infraction est constituée, le retrait de la plainte par la victime ne retire pas aux faits incriminés leur caractère délictueux et le juge d'instruction risque de poursuivre, quoi qu'en pense désormais la victime devenue « consentante »...

Quel est le déroulement de la « mise en cause pénale » ?

Plainte et enquête préliminaire

C'est le parquet qui décide d'éventuelles poursuites, le plus souvent sur plainte de la victime. Le médecin peut être l'objet d'une convocation par les services de police, cette première démarche pouvant mener au bureau du juge d'instruction.

Un classement sans suite de cette plainte par le procureur, s'il juge les poursuites inopportunes, n'empêche pas la victime ou ses ayants droit d'obtenir l'ouverture d'une information en se constituant partie civile entre les mains du doyen des juges d'instruction.

Tout médecin doit savoir qu'il peut être confronté à une action pénale, même si, objectivement, les faits qui lui sont reprochés ne constituent pas une infraction..

La saisie du dossier médical est en général le premier acte de la procédure pénale. Cette saisie est effectuée par un OPJ agissant sur commission rogatoire du juge. La présence d'un membre du conseil départemental de l'Ordre est destinée, outre l'assistance morale qu'elle offre au médecin impliqué, à s'assurer que la saisie est effectuée conformément au Code pénal et au Code de déontologie, notamment concernant le respect du secret médical. Cette notion fait notamment allusion à la question des scellés ouverts ou des scellés fermés.

La saisie du dossier n'étant pas forcément précédée d'une information, le fait de procéder à une copie du dossier dès la connaissance du dépôt d'une plainte pénale relève donc d'une démarche prudente.

Une saisie réalisée hors la présence d'un membre du conseil de l'Ordre des médecins n'a donc pas de valeur juridique...

Convocation devant un OPJ (Officier de police judiciaire)

Ce stade de l'enquête donne au médecin la qualité de simple témoin et il ne peut donc être assisté d'un avocat.

Le praticien est convoqué (commissariat ou gendarmerie) sans précision sur la motivation de cette démarche. La formule classique est « pour affaire vous concernant » sans autre explication.

Il est obligatoire au destinataire de déférer. à une convocation de la police ou de la gendarmerie. À défaut, les autorités de police judiciaire peuvent l'y contraindre.

On peut toujours envisager une adaptation d'emploi du temps, du fait d'un agenda chargé. Néanmoins, des vacances ne constitueront pas une raison suffisante pour ne pas déférer à cette convocation.

Secret professionnel

Rien ne peut contraindre le médecin à révéler des informations dont il a eu connaissance ou qu'il a comprises dans le cadre de son exercice professionnel. Il faut rappeler à cette occasion que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

Le praticien sera autorisé à s'expliquer sur ce qui concerne l'organisation générale des soins : jours et heures de présence dans le service, dates de consultations, nombre et noms de tous les autres professionnels présents dans le service sans néanmoins préciser leur rôle dans la prise en charge du patient.

Le strict respect du secret médical, fût-ce devant un OPJ ou un magistrat, n'est ni une injure ni une entrave au bon déroulement de la justice. Il constitue le respect du Code pénal et du Code de déontologie médicale. Personne ne peut condamner qui que ce soit pour avoir respecté de telles références. Par ailleurs, si elle souhaite prendre connaissance du contenu des dossiers, la justice peut soit saisir, soit désigner un expert qui, lui, aura, sans réserve aucune, accès total au dossier, notamment par le biais de la saisie. En outre, aucune peine n'est encourue par celui qui refuse de répondre aux questions posées en invoquant le secret professionnel.

À la fin de l'entretien avec l'OPJ, le médecin devra signer son PV d'audition ; il est très vivement conseillé de déposer selon un texte rédigé au préalable et de s'y tenir strictement, afin d'éviter des contradictions, qui seraient du plus mauvais effet...

Attention, le procès verbal établi ainsi constitue le premier acte de procédure et dès l'apposition de la signature, il est revêtu de la présomption de vérité. Il est donc fondamental de relire ce document, car il n'est pas question de signer un quelconque document, *a fortiori* un tel document, sans le relire et en accepter tous les termes, même si l'OPJ est pressé de terminer cette audition...

Il n'est pas délivré de copie du procès-verbal d'audition.

Garde à vue, classement sans suite, saisine du juge d'instruction

La garde à vue est exceptionnellement ordonnée en matière médicale, avec pour finalité essentielle d'éviter :

- un contact entre intervenants au litige qui puisse risquer de brouiller une piste ;
- une destruction de preuve (modification intempestive *a posteriori* des termes d'un dossier ou d'une lettre).

Elle est alors prononcée pour 24 heures, renouvelables une fois.

Depuis 2001, la personne placée en garde à vue peut avoir recours à un avocat sans délai mais celui-ci n'aura pas accès au dossier de l'enquête.

À l'issue de l'enquête préliminaire, le dossier est transmis au procureur de la République, qui décide des suites à donner. Il peut prendre la décision :

- soit de classer sans suite ;
- soit de saisir le juge d'instruction si la plainte apparaît fondée sur des éléments sérieux et concordants.

La garde à vue constitue sans aucun doute un moment particulièrement éprouvant et angoissant, car le médecin se retrouve dans une position dans laquelle il n'avait jamais imaginé être, et va devoir se défendre des accusations qui sont portées contre lui.

À retenir

Une action pénale est toujours possible et il n'est jamais impossible de se retrouver dans une situation extrêmement délicate du fait d'une plainte d'un patient, même si elle s'avère non fondée et donne lieu secondairement – le cas échéant – à une plainte pour procédure abusive. Il est très important de connaître certains aspects de cette procédure, et de ses contraintes, par rapport à nos personnes et à notre pratique.

Un diplôme de docteur en médecine autorise-t-il la pratique de tout acte médical ?

L'article 70 du Code de déontologie médicale nous indique que « tout médecin est en principe habilité à pratiquer tous actes de prévention, diagnostic et traitement. Mais il ne doit, sauf circonstance exceptionnelle, entreprendre ou poursuivre des soins ni formuler des prescriptions dans un domaine qui dépasse ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose ».

L'avertissement est clair : notre diplôme nous ouvre toutes les portes à condition que nous soyons à même de franchir le seuil. En d'autres termes, c'est, outre la formation de base de chaque praticien, la pratique régulière d'un acte qui fait que son auteur est réputé compétent. C'est la sempiternelle notion d'expérience acquise. C'est d'ailleurs ainsi qu'est né le concept de spécialité médicale. Pour autant, chacun doit connaître ses limites. En cas de problème, l'expert et le magistrat s'interrogeront sur deux questions : quelle était la formation et l'expérience du praticien sur ce geste, cette prescription, et par ailleurs, si le point précédent reste incertain, y avait-il urgence, *a fortiori* vitale ? C'est bien sûr le classique exemple de la prescription d'un produit ne faisant pas partie des habitudes de prescription du rédacteur, pour dépannage. Cette mention de « dépannage » doit certainement être inscrite sur l'ordonnance, qui ne sera délivrée que si le patient a un besoin urgent de cette délivrance et que le praticien habituel n'est pas joignable. Le signataire aura bien sûr pris le soin de contrôler les caractéristiques du produit sur le Vidal.

À retenir

Évoluer entre non-assistance et dépassement des compétences, voilà comment cette question pourrait être résumée. Nous ne devons pas nous lancer sur des chemins aventureux d'une *terra incognita* intellectuellement ou matériellement intéressante sans en avoir la compétence, reconnue et prouvable. « Quelle a été votre formation, auprès de qui, et pendant combien de temps ? Quelle est la notoriété de cette structure qui vous a formé ? », pourront être les questions d'un expert saisi d'un tel dossier.

Qu'est-ce que la responsabilité administrative ?

La responsabilité médicale hospitalière relève, sauf exception, de la juridiction administrative. Celle-ci est composée des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, chapeautées par le Conseil d'État (qui peut intervenir comme juridiction de premier degré, comme juridiction de deuxième degré ou à titre de Cour suprême).

Détail sémantique, le médecin hospitalier ne peut engager sa responsabilité administrative car, en termes de fonctionnement, le médecin est un agent administratif sans responsabilité propre, et c'est l'hôpital, comme on va le voir, qui porte l'éventuelle responsabilité de son agent défaillant. Ainsi, l'hôpital sera soumis à une responsabilité administrative, et le médecin sera soumis, le cas échéant, à une responsabilité disciplinaire ou pénale, et civile en cas de faute finalement jugée « détachable », mais jamais à une responsabilité administrative à titre personnel, car il n'est pas une administration, mais un de ses agents, protégé par ce statut.

Seul le médecin exerçant en tant que salarié d'un hôpital relève de la juridiction administrative, le médecin libéral relevant de la juridiction civile.

Ainsi, l'interlocuteur d'un plaignant ne sera pas le médecin mais l'hôpital (même si à l'évidence le médecin participe aux discussions relatives au dossier litigieux), et l'indemnisation, si elle a lieu, ne sera pas faite par le médecin (ni son assureur) mais par l'hôpital (ou plutôt son assureur). Précisions à cette occasion que l'AP-HP est son propre assureur.

La procédure administrative (figure 56.1) est très spécifique puisque, contrairement à la procédure civile dans laquelle le juge

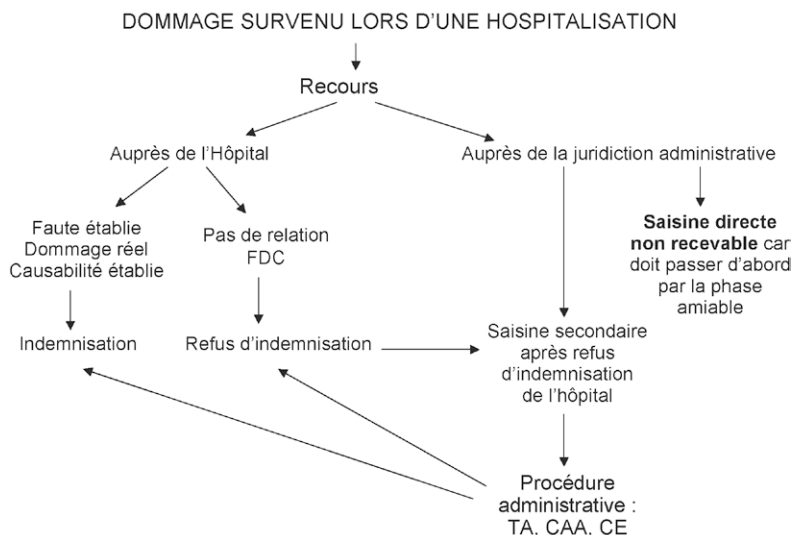


Figure 56.1
Modalités du recours pour faute hospitalière.

est d'emblée saisi des prétentions des parties, la première étape de cette démarche se situe dans le cadre d'une démarche « amiable ». Le plaignant dépose **auprès de l'hôpital et à son encontre** une demande d'indemnisation relative au dommage allégué. Après analyse du dossier, l'hôpital va statuer, acceptation ou refus de cette demande d'indemnisation. On rappelle par ailleurs que la procédure administrative est essentiellement écrite :

- dans le premier cas, le plaignant est indemnisé par l'assureur de l'hôpital, et la question est définitivement réglée, sans recours juridictionnel ultérieur possible. L'hôpital pourra éventuellement exercer une action récursoire contre l'« agent défaillant » si son action ainsi reconnue et condamnée concerne une faute grave ;
- dans le deuxième cas, le plaignant pourra alors saisir le juge administratif en lui demandant de statuer sur cette « décision préalable », d'annuler le refus initial de l'hôpital et de l'indemniser au titre de son préjudice. Cette évaluation se fera avec l'apport des conclusions de l'expert désigné par le juge, inscrit sur la liste des experts près le tribunal administratif du ressort de l'hôpital où se sont déroulés les faits litigieux. Même dans le cadre de cette procédure juridictionnelle, c'est toujours l'hôpital qui est impliqué, et non le médecin, son statut lui conférant ici une protection particulièrement importante.

Toutefois, cette protection ne s'exerce pas sans limite puisque trois cas exonèrent l'hôpital de sa responsabilité administrative :

- la faute détachable (voir fiche 64) et l'exercice privé dans le cadre hospitalier, relevant tous deux de la responsabilité civile ;
- et bien sûr l'implication de la responsabilité pénale, « personnelle, ni assurable, ni transférable ».

Les fautes retenues sont du même ordre que celles invoquées devant la juridiction civile (voir fiche 45). Elles concernent des fautes de diagnostic, une insuffisance de moyens, un retard au diagnostic, un mauvais choix dans les options thérapeutiques, un défaut de surveillance, notamment.

La mise en cause de la responsabilité administrative ne fait pas obstacle par ailleurs à la recherche d'une responsabilité pénale ou d'une responsabilité disciplinaire.

La prescription en matière de responsabilité médicale administrative est, comme pour toutes les dettes de l'État, de quatre ans.

À retenir

La responsabilité administrative est celle de l'hôpital et non celle du médecin, celui-ci étant considéré comme un agent sans responsabilité. C'est la voie amiable qui doit être tentée en premier lieu en cas de contentieux, afin de tenter d'obtenir une indemnisation concertée d'un préjudice. En cas de refus d'indemnisation de la part de l'hôpital, la procédure deviendra plus officielle et sera soumise au juge administratif. Les exceptions à cette règle administrative concernent l'activité libérale au sein de l'hôpital, et la faute détachable.

Pour en savoir plus

- Clément S, Piva C. Responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire. *Rev Prat* 1997 ; 7 : 1967-70.
- Denoix de Saint-Marc R. La responsabilité médicale devant le juge administratif. *Bull Acad Nat Med* 2000 ; 184 (9) : 1977-99.
- Esper C. La cour administrative d'appel a développé une jurisprudence particulièrement riche en droit médical. *Gazette du Palais* 16-17 juin 1999 : 14-7.
- Guettier C. Obligation d'information de patients par le médecin. *Responsabilité civile et assurance. Édition du Jurisclasseur*. Paris : juillet-août ; 2002. pp. 4-9.
- Jonas C, Penneau M. Les rapports entre la faute pénale et la faute détachable du médecin de service public. *J Med Leg* 1999 ; 42 (7/8) : 591-5.
- Malicier D. La responsabilité médicale pénale, civile, administrative et disciplinaire. *Rev Prat* 2001 ; 51 : 1001-6.
- Pierre P, Le Gallou A, Mocquet-Anger ML. Chronique de jurisprudence. *Médecine et Droit* 1995 ; 15 : 13-21.
- Sicot M. Faute détachable de la fonction. *Concours Med* 1998 ; 120 (151) : 110-2.
- Veron M. La responsabilité médicale au sein d'une équipe médicale : homicide et blessures involontaires. *Gazette du Palais* 1996 ; 329/331 : 2-6.
- Vilanova J. La responsabilité du médecin hospitalier. *Rev Prat Med Gen* 1998 ; XII (436) : 41p.

Qu'est-ce que la responsabilité disciplinaire ?

La responsabilité disciplinaire concerne tous les manquements au Code de déontologie. Le Code de déontologie est fractionné en cinq titres :

- titre I : devoirs généraux des médecins ;
- titre II : devoirs envers les patients ;
- titre III : rapports des médecins entre eux et avec les membres des autres professions de santé ;
- titre IV : « de l'exercice de la profession » ;
- titre V : « dispositions diverses ».

À travers ces cinq cadres, ce code régit notre vie professionnelle, et probablement tous les aspects du fonctionnement de la profession.

La responsabilité disciplinaire est engagée en cas de manquement à ces règles, dont on peut dégager globalement quelques déterminants fondamentaux :

- compétence ;
- formation professionnelle ;
- qualité des rapports avec les autres membres de professions de santé ;
- qualité des rapports avec les patients ;
- humanité et soin d'autrui ;
- honnêteté et probité morale et professionnelle.

Le manquement à ces principes et à ces règles générera l'engagement de la responsabilité disciplinaire.

La plainte, déposée auprès du conseil départemental de l'Ordre, sera transmise au conseil régional, juridiction disciplinaire de premier degré, le conseil départemental ayant la possibilité de s'associer à cette plainte.

Le conseil régional est composé de huit conseillers et d'un président de chambre (deux chambres sur le conseil régional d'Île-de-France).

Les sanctions prévues sont l'avertissement, le blâme, la suspension et la radiation. Elles sont susceptibles d'appel devant le Conseil national de l'Ordre et de pourvoi devant le Conseil d'État.

La procédure disciplinaire se déroule devant des magistrats non professionnels puisque ce sont des médecins. Elle justifie, du fait des sanctions encourues, d'être prise tout à fait au sérieux car elle peut aboutir à des interdictions d'exercice.

Ces points de réflexion renvoient aux divers articles fondamentaux du Code de déontologie et à leur application pratique, et finalement à une réflexion globale sur l'éthique médicale.

À retenir

La responsabilité disciplinaire est engagée en cas de violation des principes éthiques et de vie professionnelle contenus dans le Code de déontologie médicale, correspondant aux rapports avec les patients et les confrères, et à l'éthique générale du médecin dans sa vie professionnelle. Elle fait courir le risque de sanction d'interdiction d'exercice.

Quelles sont les particularités de la procédure disciplinaire à l'encontre d'un médecin hospitalier ?

La possibilité d'une action disciplinaire est offerte au plaignant. Elle lui fournit l'occasion de traduire son médecin devant ses pairs, avec toutefois souvent l'arrière-pensée d'un risque de collusion corporatiste aboutissant peu ou prou à l'inefficacité de sa démarche.

Une règle de procédure étonnante

En effet, « par principe », une plainte déposée devant la juridiction disciplinaire par un plaignant à l'encontre d'un médecin hospitalier ou d'un médecin expert n'aboutira pas et sera déclarée de fait irrecevable (figure 58.1).

Cette situation est pour le moins cocasse car :

- elle autorise un justiciable à exercer des poursuites ;

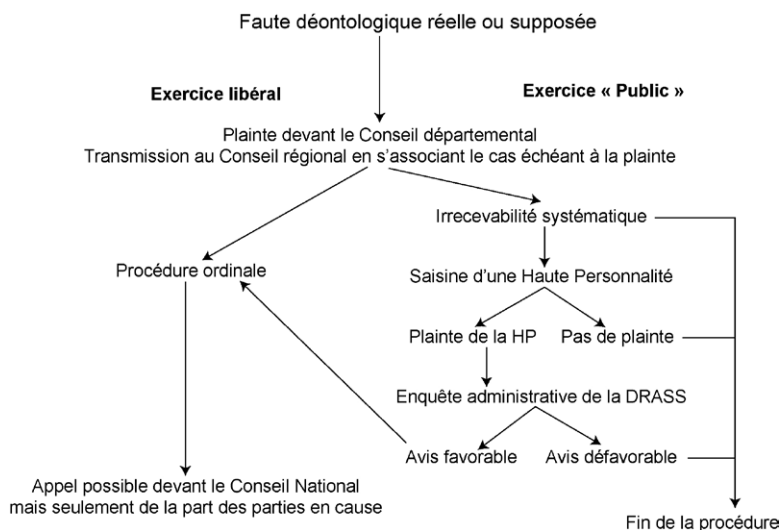


Figure 58.1
Procédure disciplinaire.

- mais elle rejette automatiquement le sens de son action en prononçant une irrecevabilité avant même la moindre analyse sur le fond, dès lors que le plaignant n'est pas une « personnalité qualifiée » (voir *infra*).

Après la déclaration d'irrecevabilité concernant cette première démarche, le plaignant devra saisir du litige, au choix, le directeur de la DASS ou de la DRASS, le procureur de la République, le préfet ou le ministre de la Santé lui-même, leur demandant de déposer à leur tour une plainte allant dans le même sens que la sienne. Le dépôt de cette deuxième plainte à caractère « administratif » (appelation à comprendre non dans le sens juridictionnel mais du fait du statut de son auteur) entraîne la saisine de la DASS, qui devra instruire le dossier pendant de longues semaines, voire de longs mois, afin de déterminer si celui-ci doit être ou non transmis à nouveau au conseil régional.

Un avis défavorable de la DASS met définitivement fin au processus.

Ce n'est qu'en cas d'avis favorable de la DASS au terme de cette instruction que commencera le « deuxième tour » de procédure, toujours de première instance, avec cette fois analyse du dossier par les conseillers ordinaires, audience véritable avec audition, plaidoiries, délibération et décision, susceptible d'appel devant le Conseil national.

Mais il faut signaler que par ce mécanisme de succession de plaintes et le transfert qu'il opère, le plaignant « initial » devient simple témoin lors de la deuxième audience puisque ce n'est plus sa plainte qui est débattue mais celle de la « personnalité administrative ». Ce nouveau statut de simple témoin lui interdit dès lors le bénéfice du contradictoire (voir fiche 134) et il n'a donc plus connaissance des pièces qui pourront être utilisées par son adversaire initial, devenu l'adversaire de l'entité administrative qui a déposé la deuxième plainte. Ce « témoin » découvrira ces pièces nouvellement produites à l'audience et ne pourra les contrer d'une quelconque manière, ne serait-ce que parce qu'elles seront produites seulement lors de la plaidoirie de l'avocat de la défense, après laquelle plus personne n'a le droit de s'exprimer.

Enfin, simple témoin, il ne pourra faire appel de la décision du Conseil, cette faculté étant par essence réservée aux parties, dont il n'est plus.

Il n'est pas logique que cette situation perdure. L'impérieuse nécessité d'un traitement égalitaire veut, en toute logique, que soit effectuée une mise à plat du système actuel et l'instauration d'une nouvelle procédure cette fois homogène et équitable.

Le médiateur de la République s'est soucié de cette situation et a souligné, dans son rapport de 2005, la nécessité d'harmoniser le fonctionnement de ces procédures. Il note en particulier que les « hautes personnalités » auxquelles il est reconnu un droit direct de saisine de la juridiction ordinaire de première instance n'usent quasiment pas de cette faculté, le ministre de la Santé ne l'ayant pour sa part jamais utilisé tout au long de l'année 2004. Le médiateur propose d'élargir ce droit de saisine aux conseils départementaux et au Conseil national de l'Ordre.

Mais c'est là un traitement sans doute trop parcellaire de la situation, la question tenant certes au faible nombre des possibles plaignants du « second tour », mais surtout :

- d'une part au principe même de la nécessité de l'intervention de ces « hautes personnalités » ;
- d'autre part au fait que le plaignant initial est relégué au rang de simple témoin, n'ayant plus accès ni au dossier ni à la procédure, n'étant même plus habilité à faire appel dans une procédure qu'il a introduite.

C'est tant dans un souci d'égalité de traitement des médecins devant une juridiction que pour annihiler un jour peut-être la sempiternelle défiance du demandeur à l'égard de cette procédure qu'il y a lieu de la modifier fondamentalement, pour restaurer équivalence de traitement, équité et confiance.

À retenir

L'étonnante asymétrie de cette procédure disciplinaire entre médecin libéral et médecin hospitalier aboutit dans la pratique à la quasi-impossibilité de condamnation ordinaire pour le médecin hospitalier alors que cette éventualité est très ouverte pour le médecin libéral, cette situation pérennisant de fait la défiance du justiciable à l'encontre de cette procédure, et l'éventuelle rancœur du médecin libéral s'il est condamné. Cette situation a interpellé le médiateur de la République, qui a proposé certains réaménagements. Il apparaît en effet plus que souhaitable d'y remédier.

Quelle est la différence entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ?

La responsabilité civile médicale peut avoir deux orientations.

Elle est le plus souvent de type contractuel, liée à un contrat passé entre le médecin et son patient. Cette notion est en vigueur depuis 1936 dans l'immense majorité – voire la quasi-totalité – des situations (arrêt Mercier). Elle concerne toute activité traditionnelle clinique. Elle est régie par l'article 1147 du Code civil : « 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. »

On trouve ici la notion d'obligation issue d'un contrat d'accomplir l'engagement conclu, faute de quoi « le débiteur » de l'obligation (comprendre ici le médecin tenu d'accomplir ses soins) est fautif, sauf s'il prouve que sa carence est liée à un cas de force majeure. Le contrat est un contrat de soin dans lequel le médecin s'engage à soigner son patient selon les règles de l'art et le patient à suivre ses conseils et à le rémunérer.

Elle peut être de type délictuel ou quasi délictuel, et concernera une activité médicale « sans contrat », à savoir la médecine d'urgence dans la rue ou dans un avion face à un accident, la médecine du travail, la médecine scolaire, notamment. Trois articles du Code civil organisent cette responsabilité :

- article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » ;
- article 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais aussi par sa négligence ou son imprudence » ;
- article 1384 : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses qu'on a sous sa garde ».

Un jugement du TGI de Grenoble précise le type de relation existant entre le médecin du travail et ses « partenaires » dans le cadre de son exercice professionnel : « Le médecin du travail est lié contractuellement au service médical de la médecine du travail qui, elle-même, contracte avec les employeurs pour l'organisation des visites médicales du travail obligatoires. Le médecin du travail n'a donc aucun lien contractuel avec les salariés qu'il examine et surveille, de même que la médecine du travail n'est pas liée contractuellement avec lesdits salariés. La relation médecin-patient se noue en exécution d'une obligation légale ou

réglementaire pesant sur l'employeur ou le médecin, de sorte que la responsabilité des médecins du travail et de leur employeur ne peut être recherchée par le salarié que sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil » (TGI Grenoble, 19 novembre 1998).

Ainsi, dans le cadre de cette responsabilité civile :

- la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle concerne un dommage survenu en l'absence de contrat préalable (par exemple, malaise chez un passager d'avion, un autre passager médecin se rend à son chevet et commet une faute professionnelle). Cette responsabilité est qualifiée de délictuelle (action fautive volontaire de l'auteur) ou quasi délictuelle (action fautive involontaire de l'auteur, le cas mentionné ici) au sens civil, et non au sens pénal, dès lors que la faute n'est pas répertoriée dans le Code pénal comme constituant une infraction reconnue identifiée. Elle concerne certains types précis d'exercice médical ;
- la responsabilité contractuelle est issue d'un contrat implicite passé entre le médecin et son patient. Elle concerne l'immense majorité des situations d'exercice médical. Elle impose l'exécution du contrat de soins fondée sur l'obligation de prise en charge, « consciencieuse, attentive et conforme aux données actuelles de la science ». En cas de contestation sur l'existence ou non de ce contrat implicite, la simple constatation d'une ordonnance, d'un avis de passage, d'un bon d'ambulance, d'un certificat médical, réglera définitivement la question, prouvant l'existence de ce lien contractuel **de fait**.

Mais quel que soit le type de responsabilité civile retenu, le demandeur devra prouver l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage pour pouvoir prétendre à une indemnisation.

À retenir

Responsabilité contractuelle, d'une part, et responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, d'autre part, sont les deux aspects de la responsabilité médicale civile, le premier étant de très loin le plus souvent mis en cause, en accord avec la notion de contrat de soin entre le médecin et le patient, issue de l'arrêt Mercier. L'autre qualification concerne des situations d'exercice particulier non soumises à la règle du contrat.

Quelle est la valeur juridique des recommandations des sociétés savantes ?

Les contentieux entre médecins et patients se multiplient. Ils sont fondés en matière civile et administrative sur la notion de faute médicale, et de non-exécution du contrat.

Les termes de ce contrat sont explicitement établis par les éléments de l'arrêt Mercier, datant de 1936, et qui fixe les modalités de la responsabilité médicale, considérant « qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant l'engagement sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins attentifs et **conformes aux données acquises de la science** ».

La judiciarisation croissante de notre société, notamment face à la question de la responsabilité médicale, nous pousse à prendre un certain nombre de précautions dans l'exercice de notre pratique médicale.

En effet nous devons, dans l'éventualité d'un litige qui ne pourrait se résoudre par la concertation et le dialogue (voir fiches 6 et 7), être à même de prouver que nous avons agi dans la gestion de nos dossiers médicaux en accord avec les exigences de la justice, c'est-à-dire en conformité avec les « données acquises de la science ». Quelle référence scientifique doit-on retenir pour définir ce que sont les « données acquises de la science » ?

Le rôle des sociétés savantes est de promouvoir les connaissances scientifiques et la recherche, et de rassembler les avis techniques dans chaque domaine d'activité, et s'applique :

- à l'organisation de la recherche ;
- à la diffusion des résultats ;
- et à la formation de tous.

Elles constituent donc une des références scientifiques auprès desquelles il faut logiquement rechercher ce qu'on pourrait qualifier prudemment et modestement de « vérité scientifique du moment », et les recommandations scientifiques qu'elles publient constituent donc la traduction de cette vérité scientifique.

Pour autant, elles n'ont pas de valeur à proprement parler « légale », ces sociétés savantes, tout comme d'ailleurs l'HAS, n'ayant pas vocation à produire « la loi ».

Ainsi, même si l'on peut considérer que ces recommandations ont un impact fort sur notre démarche médicale et sur celle de l'expert puis du juge, elles n'ont pas de valeur contraignante comme l'est une loi ou un arrêté, et la liberté de prescription et d'action du praticien doit se caler en bonne place entre autonomie et référence scientifique, sans que cette référence n'ait valeur imposée, et ce dans l'esprit conjoint de la référence à l'arrêt Mercier et à la notion de « données acquises de la science ».

À retenir

Le mode de raisonnement en termes de responsabilité médicale civile est calqué sur le concept de l'arrêt Mercier, dont les deux points forts sont d'une part la notion de contrat entre les parties, et d'autre part la notion de respect des données actuelles de la science. Les sociétés savantes constituant la référence scientifique des données de la science à un moment donné vont impulser une orientation et une dynamique scientifique incontestable mais pour autant, leurs recommandations n'ont pas valeur légale contraignante *stricto sensu*.

Pour en savoir plus

Arrêt Mercier, Cour de cassation, 20 mai 1936.

Code de déontologie médicale, 1995.

Cour de cassation, 25 février 1997, « arrêt Hédreul ».

Cour de cassation, 7 octobre 1998.

Cour de cassation, 25 mai 1996, juin 1993, et novembre 1999.

Cour de cassation, avis constant, et Conseil d'État, *idem*.

Cour de cassation, 17 novembre 2000, dit « arrêt Perruche » et loi du 4 mars 2002 dite « loi Kouchner ».

Cour européenne, 12 janvier 2005 : les recommandations de l'ANAES doivent être considérées comme des données acquises de la science.

Nouveau Code pénal, article 223-6, et Cour de cassation, 3 février 1993.

Quelle est la responsabilité du médecin en cas d'urgence médicale lors d'un vol commercial ?

Les vols sont rarement émaillés d'incidents médicaux. Cependant on note, sur environ 3 100 incidents répertoriés dans trois travaux (Dedout *et al.*) :

- 7 % de problèmes respiratoires ;
- 7 % de problèmes traumatiques ;
- 10 % de problèmes « neurologiques » (comprendre AVC ou comitialité) ;
- 11 % de malaises vagues ;
- 17 % de « malaises cardiaques » (angor, OAP, troubles du rythme, « malaise ») ;
- 18 % de problèmes gastro-entérologiques ;
- soit 70 % des interventions.

La responsabilité du médecin dans ce genre de situation est gouvernée par deux principes.

Principe pénal de la non-assistance

Le médecin doit se déplacer pour aller tenter de régler le problème, même s'il se sent incompetent, faute de quoi il risque de tomber sous le coup de l'article 223-6 du Code pénal visant ce délit et du Code de déontologie médicale visant cette obligation. Ce délit de droit français sera constitué, même en dehors des limites territoriales nationales, même sur une compagnie qui n'est pas française, même si l'appel de l'équipage concerne un ressortissant d'un autre pays que la France. Par ailleurs et d'une manière générale, selon la convention de Tokyo de 1963, c'est la législation du pays d'immatriculation de l'appareil qui est en vigueur, le Code pénal français précisant toutefois que la loi française est applicable dans les aéronefs, où qu'ils se trouvent. La primauté est accordée à l'état immatriculant l'appareil, cette apparente opposition étant destinée à parer l'éventualité d'un vide juridique.

Principe de responsabilité civile

Il n'y a pas de contrat, puisqu'il n'y a pas de choix, le médecin étant « obligé de donner ses soins » (voir *supra*) et le patient obligé par la force des choses de les recevoir, bien qu'il n'ait pas choisi ce praticien. La seule responsabilité qui pourrait être recherchée en cas de dommage consécutif à l'action de ce médecin serait donc exclusivement délictuelle ou quasi délictuelle, relative aux articles 1382 et suivants du Code civil. L'obligation de moyens n'est pas forcément évidente à remplir pour le médecin, qui devra « faire avec les moyens du bord »,

à savoir en l'occurrence le contenu de la boîte d'urgence de l'appareil, ayant dès lors la possibilité, en cas d'engagement de sa responsabilité au nom d'une insuffisance de moyens, d'exercer un recours contre la compagnie aérienne pour n'avoir pas sérieusement prévu le contenu de cette mallette d'urgence. **Au plan de l'assurance**, le médecin ainsi requis par le commandant de bord bénéficiera *a priori* d'une des nombreuses conventions conclues en Europe, ou de la *Good Samaritan Act* aux États-Unis, et le médecin intervenant pour une compagnie européenne ou américaine aura une couverture, en termes d'assurance, par la compagnie transporteuse.

À retenir

Au-delà de la responsabilité pénale pour non-assistance en cas de non-intervention, la responsabilité civile engageable est de type délictuel ou quasi délictuel, dès lors qu'il n'existe pas de contrat de soin. Des conventions garantissent *a priori* l'existence d'une assurance responsabilité civile en cas de faute dommageable.

Pour en savoir plus

Brion R. Le médecin passager à bord d'un avion commercial. *AMC pratique* 2004 ; 127 : 7.
Dedouit F, Barguin P, Tournel G, Hedouin V, Gosset D. Urgences : y a-t-il un médecin dans l'avion ? *Responsabilité* 2005 ; 19 : 17–21.

Qu'est-ce qu'une « faute d'humanisme » ?

L'humanisme à l'égard de son patient est logiquement pour un médecin un mode de comportement naturel et spontané, attitude compréhensive et patiente, attentive et respectueuse des désirs et des refus. Une faute d'humanisme – ou d'humanité – se distingue de la faute technique car elle a trait à des questions de morale et d'attitude à l'égard d'un patient, de la maladie ou d'une famille. Elle viole le **Code de déontologie** et le **Code de la santé publique** modifié par la **loi 2002-303**, dite loi du 4 mars 2002, mais aussi par le **Code civil** depuis les **lois de bioéthique**. Elle viole globalement la confiance que le patient a mise dans son médecin. Ces fautes concernent des questions relatives à l'information, au consentement, à l'intégrité corporelle du patient, la permanence des soins, la persistance d'un traitement ou l'abandon d'un malade, et globalement l'éthique médicale. Elles concernent en fait des fautes que l'on pourrait davantage qualifier de « morales », plus en tant que « morale de tout un chacun » que de « morale médicale », si tant est qu'il puisse être établi une différence.

Devra également être considérée comme faute d'humanisme l'absence délibérée de certains soins (antalgiques ou anxiolytiques, notamment) sous prétexte de croyances ou de convictions personnelles, au mépris des connaissances médicales reconnues (données acquises de la science), de la morale et de la plus élémentaire compassion à l'égard d'un patient qui souffre. Ce type d'attitude, heureusement exceptionnelle, peut en outre donner lieu à des poursuites pénales.

On citera un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 février 1992 : « Manque à son devoir d'humanisme le médecin qui ne s'est pas entretenu avec le malade, qui a fait procéder au test HIV sans recueillir le consentement libre et éclairé de celui-ci puis n'a pris aucune disposition pour le rencontrer et l'aviser de l'opportunité de l'informer et enfin s'est borné à envoyer une lettre explicative à un confrère et que c'est à la lecture du rapport d'expertise que le malade, sans recevoir la préparation et le soutien psychologique que son médecin lui devait, a appris qu'il était séropositif. C'est à juste titre que le tribunal a retenu que l'ensemble de ces manquements a causé au malade un préjudice moral. »

C'est donc bien une attitude désinvolte, négligente, méprisante, de désintérêt majeur qui va définir ce type de faute.

Une discussion peut naître de l'évaluation de l'opportunité du maintien des soins chez un patient en fin de vie sans espoir d'amélioration. Ces évaluations seront parfois difficiles, tant techniquement qu'affectivement. Elles doivent donner lieu à concertation.

Mais incontestablement, certaines situations de privations chez des personnes dépendantes (vieillards sous alimentés ou maltraités en institution, patients « négligés » dans certains hôpitaux) constituent de graves fautes d'humanisme sans qu'il n'y ait lieu à interprétation.

Ces agissements sont la honte de leurs auteurs et le calvaire de leurs victimes, souvent en fin de vie. Ils doivent être dénoncés et punis de façon particulièrement sévère.

À retenir

Une faute d'humanisme est plus une faute « morale » que professionnelle, car elle n'a rien d'une faute technique. Elle s'inscrit dans des questions relatives aux devoirs humains des médecins à l'égard non seulement de leurs patients, mais simplement de leurs semblables. Elle doit être dénoncée et sévèrement réprimée.

Qu'est-ce que la « faute de la victime » ?

La faute de la victime est une situation dans laquelle la victime crée elle-même les conditions de son dommage, au risque d'avoir à en subir les conséquences. Elle est donc victime, mais auteur de ce statut. Cette « victime autocréée » doit conserver la responsabilité de son préjudice et ne pas pouvoir la transférer à son médecin.

Cette faute est toujours appréciée *in abstracto*, c'est-à-dire par référence au comportement d'une personne « normalement diligente et soucieuse de veiller à sa sécurité ».

La faute de la victime peut s'exercer notamment par refus de suivre les conseils thérapeutiques, de faire réaliser un examen complémentaire (refus de soin). L'utilisation inappropriée d'un traitement, le dépassement ou la réduction intentionnelle des doses ou de la durée de traitement, l'automédication et le non-respect des précautions (mésusage du médicament, article L.R.5144-4 du Code de santé publique), mais aussi le nomadisme médical, la négligence et l'abstention de soins sont autant de situations entrant dans ce cadre.

La responsabilité médicale est régie par l'application de l'article 1147 concernant la responsabilité contractuelle depuis la publication de l'arrêt Mercier datant de 1936. Or, on n'est responsable que des fautes que l'on a vraiment commises, et non des fautes d'autrui.

Cette question est en fait à multiples facettes : la responsabilité médicale, l'information, la preuve de cette information, la certitude en son âme et conscience que le patient a compris ce qu'on lui a dit, et... l'impérieuse nécessité de sauvegarde des intérêts du médecin dans le cas où les choses évoluent mal.

« Le non-respect des indications, prescriptions, recommandations, contre-indications formulées par les professionnels de santé ou par les fabricants avant, pendant ou après le traitement constitue indiscutablement une faute de nature à réduire ou à exonérer la responsabilité des professionnels de santé, des établissements de soins ou des industriels. »

Dans un arrêt du 13 octobre 1999, la cour d'appel de Bordeaux avait à statuer sur la responsabilité d'un gynécologue concernant notamment les complications d'une épisiotomie. La notoire indiscipline de la patiente dans le *post-partum* permet de considérer que celle-ci a participé à la constitution de son préjudice et par ce fait exonère partiellement le praticien : « Dans la mesure où l'indiscipline de la patiente, constatée après l'accouchement, a concouru à la réalisation de son préjudice, la responsabilité du médecin accoucheur doit être limitée de moitié. »

Les deux aspects qui risquent de s'opposer sont résumés ici : **tenter de convaincre le patient** indiscipliné ou réticent et **se protéger**, mais, à moins qu'il ne soit sous tutelle, ivre ou sous l'emprise d'une drogue, situations où la question doit être réévaluée avec une vision nouvelle, le patient, informé valablement et apte à recevoir cette information, demeure libre de faire ou de

ne pas faire ce qui lui est conseillé et prescrit. À la condition que le médecin puisse prouver qu'il a fait tout ce qui était dans son pouvoir pour tenter de le convaincre (voir fiche 148).

La faute « avérée » de la victime constitue donc une situation paradoxale, à haut risque de complication d'une part, tant pour le patient que pour le médecin, mais aussi à haut coefficient de « décharge de responsabilité », d'autre part, si l'on parvient à prouver la matérialité de la situation et à s'en protéger.

À retenir

La faute de la victime consiste pour celle-ci à créer elle-même les conditions de son dommage au risque d'avoir à en subir les conséquences. Cette faute constitue donc une situation paradoxale à haut risque de complication tant pour le patient que pour le médecin, mais aussi à haut coefficient de « décharge de responsabilité professionnelle », si l'on parvient à prouver la situation et à s'en protéger. Cette situation cocasse exonère logiquement le médecin d'une partie au moins d'une éventuelle responsabilité, à la condition de pouvoir la prouver.

Pour en savoir plus

Chambre criminelle de la Cour de cassation, 7 novembre 2001, 01-80-592.(7078 F-F+P).

Cour d'appel de Bordeaux, 13 octobre 1999.

Cour d'appel de Paris, 17^e chambre, 30 novembre 1993, RGP 4597.

Gorny A. Droit de la santé : de la faute à la responsabilité de la victime ». Gazette du Palais 31 octobre-4 novembre 2004 : 1-7.

Qu'est-ce qu'une « faute détachable » ?

La position du médecin hospitalier est protégée en cas de faute médicale par son statut d'agent du service public : ce n'est pas lui qui est en première ligne en cas de litige ou de contestation, mais l'hôpital.

Malgré cette position privilégiée, le médecin peut être poursuivi à titre personnel pour une faute étrangère à la technique médicale et en rapport avec un comportement personnel fautif. Elle est d'une extrême gravité, et fait tomber le bouclier qu'exerce statutairement l'administration hospitalière à l'égard de son agent. Cette faute détachable révèle « un manquement inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique ».

La cour d'appel de Dijon a statué en 1989 sur cette question en apportant la définition suivante : « faute professionnelle inexcusable dont la gravité lui fait perdre tout lien avec le service à l'occasion duquel elle a été commise ».

On peut citer :

- une expérimentation sans consentement, ou avec consentement mais sans utilité scientifique ;
- une intervention chirurgicale lourde non urgente sans consentement, voire malgré un refus explicite du malade ;
- l'abandon d'un patient dans un bloc opératoire où vient de se déclarer un incendie ou une explosion ;
- une erreur technique majeure (confusion entre une veine et une artère pour un chirurgien vasculaire) ;
- un refus de se déplacer en garde ;
- un refus d'examen en déléguant la totalité des soins à un interne sans en assurer le contrôle ;
- une attitude intolérable à l'égard d'un patient ou d'une famille ;
- une abstention thérapeutique au nom de principes, d'idéaux, politiques ou religieux ;
- le fait pour un chef de service hospitalier de masquer la faute d'un de ses collaborateurs ayant entraîné un choc infectieux (CE, 28 décembre 2001)...

Cette faute n'a donc aucun substratum technique d'incompétence, elle relève d'un comportement « social », ou « sociologique » gravement fautif.

La faute détachable est exceptionnelle, et peut en outre revêtir une qualification pénale, au vu de la gravité extrême des griefs qui la composent.

La notion de faute détachable s'entend dans le cadre d'une action devant la juridiction administrative. Certains souhaitent une extension de la notion de faute détachable à l'action disciplinaire. Une telle qualification compléterait le champ de la qualification morale de la faute dans un domaine déontologique, renforçant encore le poids de l'éthique dans ce raisonnement. Aucune position officielle n'a encore été prise.

À retenir

La faute détachable est une faute d'une extrême gravité et volontiers à connotation pénale. Même si elle a eu lieu dans le cadre de l'activité professionnelle, elle n'a pas de lien direct avec la technicité professionnelle, mais est en rapport avec un comportement personnel fautif inadmissible. Par opposition, la faute de service n'est pas détachable de la fonction. Elle entre dans le cadre des actes protégés par le statut hospitalier du médecin.

Pour en savoir plus

Chambre criminelle de la Cour de cassation, 2 avril 1992.

Chambre criminelle de la Cour de cassation, 28 janvier 1992, DC 1992, 63.

Chambre criminelle de la Cour de cassation, 2 octobre 1958, JPC 1958, II, 10834.

Conseil d'État du 18 décembre 1993.

Cour administrative d'appel 93NC, 00697.

Jonas C, Penneau M. Les rapports entre la faute pénale et la faute détachable du médecin de service public. *J Med Leg Droit Med* 1999 ; 42 : (7-8) : 591-5.

Sicot C. Responsabilité médicale à l'hôpital public : faute détachable de la fonction. *Concours Med* 1998 ; 120 (15) : 1111-3.

Qu'est-ce qu'une faute technique ?

La faute technique est une faute professionnelle à l'occasion de laquelle le médecin fait une erreur grave d'appréciation relativement aux standards de sa profession, aux normes techniques reconnues, une faute que l'on ne doit pas réaliser si l'on est compétent et attentif. Cette notion se rapproche de celle de « données **acquises** de la science » (arrêt Mercier) ou de « données **actuelles** de la science », en pratique tout à fait de même portée.

La loi du 4 mars 2002 a repris cette notion en remplaçant « données acquises » par « données avérées » de la science (article 1111-4 CSP) afin de donner une connotation de vérité, toutefois cette idée s'accorde mal aux avancées permanentes de la médecine qui font que, comme nous le savons tous, une vérité aujourd'hui ne sera peut-être qu'erreur demain.

Cette faute technique peut être une faute matérielle ou une faute de raisonnement.

Si une erreur diagnostique ne constitue pas forcément une faute professionnelle, la non-utilisation des divers moyens diagnostiques, et donc la non-connaissance des données de la science constituera cette « faute technique » par le biais de l'insuffisance de moyens.

On peut citer :

- erreur technique dans la réalisation d'une ponction, d'une biopsie, d'un cathétérisme ;
- erreur dans l'interprétation d'une radiographie, d'un scanner, d'une échographie ;
- erreur matérielle lors d'une intervention chirurgicale.

Cette faute est donc très différente d'une faute d'humanisme (voir fiche 62), relative à un comportement personnel du médecin en tant qu'individu et non pas en tant que médecin, et d'une faute virtuelle (voir fiche 66), présumée et, si suspectée, en tous cas non prouvée.

À retenir

Une faute technique correspond à un mauvais comportement face à une situation médicale, relevant d'une erreur de « technicité » professionnelle, tant dans le raisonnement que dans la réalisation matérielle d'un acte.

Qu'est-ce qu'une faute présumée ?

La faute présumée est déduite d'un raisonnement *a contrario* : « si tout s'était passé normalement, aucun dommage ne se serait produit ». En d'autres termes, si un organe sur lequel il n'y avait pas lieu d'intervenir subit un dommage, on en déduit l'existence d'une faute.

Deux arrêts importants de la Cour de cassation du 23 mai 2000 font évoquer la reconnaissance par la Cour suprême de la notion de « faute présumée » :

- « Est dépourvu de base légale l'arrêt qui, pour débouter une patiente de son action en responsabilité dirigée contre le praticien qui, à l'occasion d'une ligamentoplastie du ligament croisé antéro-externe du genou droit, avait sectionné l'artère poplitée moyenne de la patiente, a retenu que le chirurgien avait mis en œuvre tous les moyens nécessaires et que la complication dont la malade avait été victime était exceptionnelle et résultait d'un acte chirurgical non fautif, alors que la réalisation de la ligamentoplastie n'impliquait pas le sectionnement de l'artère poplitée, de sorte que la cour d'appel ne pouvait exclure la faute du chirurgien sans constater que cette artère présentait chez l'intéressée une anomalie rendant son atteinte inévitable » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 23 mai 2000 – CA Paris, 1^{re} Ch. B, 15 mai 1998) ;
- « Un médecin stomatologiste ayant, en procédant sur un client à l'extraction d'une dent de sagesse, provoqué un traumatisme du nerf sublingual, il ne peut être reproché à l'arrêt attaqué d'avoir retenu la responsabilité de ce praticien, dès lors que la réalisation de l'extraction n'impliquant pas l'atteinte du nerf sublingual et n'étant pas établi que le trajet de ce nerf aurait présenté chez le patient une anomalie rendant son atteinte inévitable, la cour d'appel a pu décider que le médecin avait commis une faute dans l'exécution du contrat le liant à son patient » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 23 mai 2000).

Ce sera donc l'établissement de la preuve par le raisonnement et non par la constatation, ce raisonnement étant fondé sur la notion de présomption : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (art. 1349 CC).

Pour expliquer la survenue d'une complication, la Cour estime qu'une faute a été commise. Le régime de la preuve de la faute se trouve assoupli au bénéfice du patient : lorsque le traitement ou l'intervention provoque un résultat dommageable qui n'était pas logiquement inhérent à ce traitement ou à cette intervention, le seul constat de ce résultat dommageable suffit à établir la faute du praticien, sans que la démonstration de cette faute par la victime ne soit nécessaire. Ce type de raisonnement améliore sans conteste la situation de la victime, considérant que la lésion dommageable est liée au fait du praticien, même s'il n'est pas possible de démontrer de sa part une maladresse ou une imprudence. Cette notion de faute présumée se calque en pratique, non dans le concept mais dans les conséquences éventuelles pour le médecin, sur la notion de responsabilité sans faute, puisque, dans un cas comme dans l'autre, le médecin est potentiellement

la cible d'un postulat acquis *a priori* de responsabilité sans erreur. Elle constitue finalement un pendant à la notion d'aléa où, par définition, aucune faute non plus ne sera prouvée, alors qu'il y a un dommage...

Ce concept de « faute présumée » doit cependant être réservé à des situations exceptionnelles. Dans le même esprit, afin de créer une équité, le praticien doit pouvoir s'exonérer de son implication en faisant état de « variantes anatomiques rendant inévitables la blessure de la structure en cause, dommage sans rapport avec le motif de soins et l'état antérieur, infection nosocomiale endogène, indépendante des conditions de soins et d'hospitalisation » (Vayre).

Il faut cependant noter que ces arrêts se situent antérieurement à la loi de 2002.

À retenir

La faute présumée est une faute dont le principe de l'existence est acquis par un raisonnement *a contrario*. Elle est *a priori* réservée à des situations très exceptionnelles.

La faute lourde existe-t-elle toujours ?

Au début était la faute lourde

L'origine de l'exigence d'une « faute lourde » semble, à la base, liée à la réticence initiale de la juridiction administrative à retenir une faute médicale engageant la responsabilité hospitalière, et donc la nécessité d'une faute qui soit « lourde » pour enfin pouvoir retenir cette responsabilité. Le Conseil d'État pose donc (arrêts Loiseau et Philipponneau du 8 novembre 1935) un classement, requérant une faute simple pour retenir une responsabilité pour un acte de soins, mais imposant l'existence d'une faute lourde pour retenir une responsabilité de l'hôpital pour un acte médical, la « faute lourde » étant définie comme étant « une faute que ne commettrait pas un praticien attentif ». Le Conseil d'État précise sa position en 1959, la qualification de l'auteur n'étant pas un strict critère puisque la faute lourde s'applique à un certain type d'acte (médical) et non à une personne (le médecin), sa réalisation par un non-médecin ne lui retirant pas sa qualification médicale et risquant de ce fait d'engager quand même la responsabilité de l'hôpital pour faute lourde.

En 1989, un arrêt du Conseil d'État définit la qualification qui sera reprise en 1992 dans sa conclusion : « En ne procédant pas immédiatement à un électrocardiogramme sur un inspecteur de police en service à l'aéroport de Roissy, qui venait de ressentir un malaise et une violente douleur dans la poitrine, le médecin du service médical d'urgence de cet établissement, qui disposait pourtant du matériel nécessaire à cet effet, a omis de rechercher, par les méthodes les plus appropriées, si les signes qui lui étaient décrits ne pouvaient être ceux d'un infarctus du myocarde et a commis une erreur de diagnostic, constitutive d'une faute lourde médicale, de nature à engager la responsabilité de l'aéroport de Paris. Cette faute, qui a privé la victime de soins immédiats en milieu hospitalier, a compromis les chances de survie de celle-ci, qui est décédée quelques heures après avoir regagné son domicile sur les conseils du médecin » (CE, 3^e et 5^e s.-sect., 18 octobre 1989).

Ou encore : « Alors qu'il résulte du rapport d'expertise que, compte tenu des symptômes présentés par le patient, il convenait de l'opérer dans un délai maximum de 48 heures, le médecin chef de service du centre hospitalier, en s'abstenant de procéder à une vérification chirurgicale qui pouvait, seule, lever les doutes que comportait un diagnostic difficile à établir, a commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'établissement » (CE, 3^e et 5^e s.-sect., 21 juillet 1989).

Abandon du principe

L'arrêt Vergoz du 10 avril 1992 rompt définitivement avec cette « organisation » et retient que « les erreurs ainsi commises, qui ont été selon les rapports d'expertise

la cause de l'accident survenu à la victime, constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital ». Il n'est plus question de faute lourde ou de faute simple, mais de faute.

Ce revirement de la juridiction administrative fera dès lors taire ceux qui considéraient que le médecin libéral était moins bien loti que le médecin hospitalier, pour l'engagement de la responsabilité duquel il fallait que la faute soit « lourde ». Par ailleurs, il annihilera d'autres grincements de dents de la part des médecins hospitaliers qui, reconnus auteurs d'une faute entraînant dommage, refusaient que cette faute soit qualifiée de « lourde », ce qualificatif étant jugé péjoratif à leur endroit...

Le Conseil d'État confirme cette position en date du 27 juin 1997 : « Quel qu'ait été l'état général de l'intéressée, une telle déchirure constitue une maladresse dans l'exécution d'une intervention couramment pratiquée. 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. Dans ces conditions, le centre hospitalier a commis une faute de nature à engager sa responsabilité » (arrêt Guyot).

La notion de faute lourde a donc disparu en 1992, cette éviction ayant été largement confirmée depuis. La faute hospitalière est devenue une « faute médicale », de nature à engager – le cas échéant – la responsabilité de l'hôpital.

La disparition de la faute lourde ne concerne que la responsabilité médicale ; elle est toujours présente dans d'autres domaines : « Dans ces circonstances, l'administration pénitentiaire a commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'État envers l'épouse du détenu qui s'est suicidé par pendaison » (TA Rouen, 1^{re} Ch., 5 décembre 2001, Dame Thomas c./Garde des Sceaux, ministre de la Justice).

À retenir

Le concept de faute lourde a été supprimé par l'arrêt Vergoz en 1992. Les circonstances de nature à engager la responsabilité hospitalière sont maintenant des « fautes ».

Le droit administratif est-il protecteur vis-à-vis du médecin hospitalier ?

La question de l'implication du médecin dans sa responsabilité hospitalière est un problème récurrent, dont on comprend qu'il puisse choquer le justiciable déposant un recours quand il estime que lui-même ou un de ses proches a été mal pris en charge par un hôpital.

Il faut rappeler que si en matière judiciaire (civile ou pénale), le magistrat est directement saisi des griefs et prétentions du demandeur, la démarche procédurale administrative est plus complexe, puisqu'elle se produit en deux temps :

- contestation de la prise en charge directement auprès de la direction de l'hôpital et demande d'indemnisation ;
- en cas de refus, transmission d'une demande au juge administratif d'avoir à statuer sur cette « décision préalable » qui aura été, dans ce cas, défavorable au demandeur.

Mais, en toute hypothèse, même en cas de condamnation, c'est l'hôpital qui sera condamné, et son assureur qui sera contraint d'indemniser le plaignant, car la défaillance de cet « agent » constituera, si l'on peut dire, non pas une faute personnelle dudit agent, mais une faute d'évaluation de l'administration hospitalière dans la surveillance qu'elle est censée exercer sur son collaborateur, qu'il soit chef de service ou personnel non qualifié.

Il faut rappeler cependant que trois circonstances peuvent aboutir à l'implication directe du médecin hospitalier :

- mise en cause de la responsabilité pénale ;
- faute détachable ;
- exercice libéral dans le cadre hospitalier.

Hors ces cas, c'est l'hôpital qui assumera la responsabilité de l'acte de son praticien, protégeant incontestablement le médecin hospitalier dans le cas d'une faute professionnelle, que le médecin libéral assumera directement et à titre personnel.

À retenir

L'organisation du droit administratif aboutit à la protection de fait du médecin hospitalier en cas de contestation de son action de prévention, de diagnostic ou de soins à l'égard des patients dont il a la charge, cette situation disparaissant en cas de mise en cause de la responsabilité pénale du médecin ou en cas de faute détachable ou d'activité libérale au sein de l'établissement hospitalier.

Quelle est la différence entre aléa, erreur, faute et maladresse ?

Définitions

Ces quatre termes interviennent dans les discussions de mise en jeu de la responsabilité professionnelle, afin de savoir si celle-ci peut ou non être retenue. En effet, la distinction n'est pas seulement une question de vocabulaire, puisqu'un aléa n'étant pas fautif, il ne donnera pas lieu à une condamnation, même si depuis la loi du 4 mars 2002 et par le biais de l'ONIAM, sous certaines conditions, il peut donner lieu à réparation.

Une **erreur** constitue une mauvaise appréciation d'une situation, une anomalie de jugement ou d'interprétation. Elle n'est rien d'autre, tant que le médecin a respecté les bons usages et l'obligation de moyens. Dans le cas contraire, elle va devenir « fautive ».

Une **faute** médicale est caractérisée par le non-respect de l'engagement d'assurer des « soins consciencieux et attentifs, conformes aux données acquises de la science ».

Un **aléa** est la manifestation du hasard, représenté dans l'Antiquité par le jeu de dé (*alea jacta est* : « les dés sont jetés »). La différence entre aléa et faute se situe dans l'existence d'une éventuelle responsabilité, et d'une éventuelle réparation. Y a-t-il eu manquement à une règle professionnelle devant assurer des soins diligents, conformes aux données de la science ? Une **maladresse** est un manque d'adresse dans le geste.

L'arrêt fondateur de la notion d'aléa

« Constitue un aléa thérapeutique la réalisation, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical, et qui ne peut être maîtrisé. » Cette définition est complétée par le président P. Sargos, en commentaire de l'arrêt du 8 octobre 2000 : « Événement dommageable survenu au patient sans qu'une maladresse et plus généralement une faute quelconque puisse être imputée au praticien et sans que ce dommage se relie à l'état initial du patient ou à son évolution prévisible », définition qui apporte une importante restriction au concept initial. L'arrêt de la Cour de cassation du 8 octobre 2000 est à ce titre d'une particulière importance. Il faut d'abord rappeler brièvement les données de l'arrêt du Conseil d'État du 9 avril 1993, dit arrêt Bianchi, fondateur de la jurisprudence en matière d'aléa thérapeutique, par lequel la Cour suprême considérait que « (...) lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais la réalisation exceptionnelle, et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du

service public 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'une extrême gravité ».

La première chambre civile de la Cour suprême a cassé le 8 octobre 2000 un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux de décembre 1998 qui avait mis à la charge d'un praticien libéral la réparation d'un aléa thérapeutique – défini par le fait qu'aucune faute n'avait pu être mise à la charge du praticien concerné – et qui était motivé comme suit : « Attendu que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique ne rentre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient, que l'arrêt attaqué, après avoir exclu toute faute commise par le praticien, et constaté que l'état de monsieur T. résultait d'un infarctus spontané du cône médullaire directement imputable à l'opération, a néanmoins condamné M. D. à réparer le préjudice relevant de cet aléa thérapeutique au motif qu'il était tenu d'une obligation contractuelle de sécurité, dès lors qu'indépendamment de toute faute prouvée de la part du praticien, a été causé au patient (...) un dommage à l'intégrité physique (...) qui présente les caractéristiques d'abord d'être sans relation avec l'échec des soins ou les résultats des investigations (...), enfin de découler d'un fait détachable de l'acte médical convenu, mais sans l'exécution duquel il ne se serait pas produit, en sorte que ce dommage nouveau et hétérogène apparaît comme étant de nature purement accidentelle, attendu qu'en statuant ainsi alors que [la Cour] avait constaté la survenance, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé [définition de l'aléa], la cour a violé les textes sus visés (...), par ces motifs, casse et annule (...). » Casser un tel arrêt revient donc ici de la part de la Cour de cassation à redéfinir la faute « prouvée » – et non seulement « supposée » ou « par défaut » – comme seule génératrice de la mise en jeu de la responsabilité médicale. L'aléa thérapeutique est par définition exempt de faute médicale.

La loi du 4 mars reprendra ce concept en n'engageant la responsabilité du praticien qu'en cas de faute prouvée.

Bien différentes sont l'erreur et la faute, cette dernière engageant la responsabilité de son auteur et lui faisant courir le risque du processus indemnitaire si le lien de causalité est établi envers le dommage lui-même. Cette faute se déclinera sous divers modes (technique, virtuelle, grave, lourde autrefois, simple, etc.) mais apparaissant comme la base du principe de la responsabilité civile, notamment en matière médicale.

On voit donc que l'erreur peut mener à la faute, que l'erreur est regrettable et que la faute est... fautive, et à ce titre condamnable, mais que l'aléa n'est ni fautif ni condamnable, puisque « le médecin n'est pas coupable des coups du sort » (Mazières). Encore faudra-t-il que l'expert puis le juge admettent que les agissements du médecin ou du chirurgien n'ont pas constitué de faute pour que ce dommage repasse la frontière de la responsabilité pour « faute technique » et aille se caler dans la « sécurité » de l'aléa, non fautif, et constituer pour le médecin un « acquittement civil », n'obérant pas pour autant les possibilités d'indemnisation, autrefois si incertaines, offertes par le biais de l'ONIAM.

Jurisprudence

On peut également citer deux derniers arrêts qui précisent encore le champ d'application de l'aléa par rapport à la notion de faute.

« Un médecin, pour rejeter sa responsabilité, fait à juste titre valoir que, s'il n'est pas contestable que la perforation est en relation certaine avec l'intervention qu'il a pratiquée, il résulte bien du rapport d'expertise dont les énonciations sur ces points ne sont pas contestées que :

- les perforations dues à la poussée du coloscope surviennent sur le côlon gauche et non sur le côlon droit ;
- la perforation du cæcum est due à la nécrose de coagulation due à la brûlure thermique ;
- la nécrose due à la brûlure survient généralement au bout de quelques heures ; le côlon droit a la muqueuse fragile et se trouve particulièrement exposé à ce type de complication ;
- ce type de perforation, non fautive, entre dans le cadre de ce que l'on peut appeler le risque médical ou l'aléa.

« Aucune faute de maladresse ou d'imprudence ne peut, en conséquence, être retenue à l'encontre de ce médecin. Le dommage est sans rapport avec l'état antérieur connu du patient ou avec l'évolution prévisible de son état. 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.

« Ce médecin reconnaît qu'il n'a pas informé son patient du risque de perforation. Il n'est cependant pas contesté, ainsi que le soulignent les appelants, que ce défaut d'information ne peut s'analyser en une perte de chance. Le refus de l'opération de sa part était d'autant plus improbable et la chance perdue d'autant plus illusoire que l'information à délivrer par le médecin aurait dû mettre, afin d'être loyale et complète, en parallèle les risques encourus non négligeables, même s'ils sont rares avec l'évolution prévisible de l'état de santé de l'intéressé. » (CA Paris, 1^{re} Ch. B, 5 avril 2001).

Dans cet arrêt, apparaissent en même temps plusieurs notions :

- la définition des perforations comme complication connue de cet examen ;
- l'établissement de ce que cette perforation ici n'est pas fautive ;
- le dommage est sans rapport avec l'état antérieur ;
- et le fait 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 ».

Pour autant, il y a reconnaissance par le praticien de ce qu'il n'a pas fourni une information complète permettant en théorie au patient de faire son choix en pleine connaissance de cause, mais aussi de l'absence de perte de chance au vu du contexte général du dossier et du risque lié à l'évolution spontanée de la maladie, qui lui imposait formellement d'intervenir.

Maladresse

Elle est fautive dans certains cas (cf infra)

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 18 septembre 2008 (n° 12-170) conforte la cour d'appel de Paris d'avoir retenu

que la perforation intestinale a été causée par une maladresse, celle-ci ayant un caractère fautif dès lors que le geste était à visée exploratoire et non curative :

« Sur le moyen unique :

- attendu que M. X ayant subi une perforation de l'intestin lors de la réalisation d'une coloscopie pratiquée par M. Y a recherché la responsabilité du praticien ; que son épouse s'est jointe à cette demande ;
- attendu que la responsabilité du médecin est subordonnée à la preuve d'une faute commise dans l'accomplissement de l'acte médical ; que la charge de la preuve de la faute pèse sur le patient ; que la faute ne peut se déduire du seul préjudice, lequel peut être en relation avec l'acte médical pratiqué sans l'être pour autant avec une faute ; et que la réalisation, lors d'une intervention médicale, d'un risque inhérent à la technique utilisée ne peut être imputée à faute du praticien ; que, pour retenir la responsabilité de M. Y, qui invoquait l'existence d'un risque inhérent à la technique utilisée, les juges du fond ont seulement relevé que la perforation a été commise par l'instrument qu'il manipulait et qu'il n'était pas établi que la conformation de l'intestin de M. X ait rendu l'atteinte inévitable ; qu'ils ont ainsi déduit du seul dommage la maladresse du médecin et fait peser sur lui une présomption de faute, violant l'article 1147 du Code civil ;
- mais attendu qu'ayant relevé que la coloscopie pratiquée était un acte à visée exploratoire dont la réalisation n'impliquait pas une atteinte aux parois des organes examinés, et déduit, tant de l'absence de prédispositions du patient, que des modalités de réalisation de la coloscopie, que la perforation dont celui-ci avait été victime était la conséquence d'un geste maladroit de M. Y, la cour d'appel a pu retenir que celui-ci avait commis une faute ;
- d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
- par ces motifs, rejette le pourvoi. »

On se reportera également avec intérêt à l'arrêt CA Lyon, 1^{ère} Ch, 29 juin 2000, RG 1997/07885, concernant le *distinguo* entre « **geste maladroit** » et « maladresse » du chirurgien qui occasionne une déchirure de la trachée.

En pratique

La cour rejette donc le pourvoi et considère que la maladresse est fautive dès lors que le geste est une exploration et non un traitement. C'est sans doute dans l'état d'esprit qu'une exploration est « moins urgente et moins dangereuse » qu'un acte directement thérapeutique. Cette position n'a pas de véritable support scientifique, une exploration pouvant précéder une thérapeutique dans une situation d'extrême urgence...

On peut donc considérer que, très schématiquement, l'erreur est admise dès lors qu'elle ne dépasse pas « certaines bornes de l'acceptable », mais que l'erreur fautive, qui est donc une faute, est constituée de négligence, défaut de précautions, défaut de temps passé, attitude contraire aux données acquises de la science (au moment du fait générateur), retard à la prise en charge, retard à la démarche diagnostique ou thérapeutique, les diverses qualifications de la maladresse étant mentionnées dans l'arrêt cité ci-dessus.

À retenir

L'aléa est le « mauvais coup du hasard » et n'est par définition pas fautif, l'erreur correspond à une mauvaise appréciation d'une situation, la faute sera constituée quand l'erreur viendra d'un manquement à une obligation de moyens ou face à un comportement en désaccord avec les données acquises de la science. La maladresse fautive est également abordée, à l'appui d'un arrêt de la Cour de cassation datant du 18 septembre 2008.

Qu'est-ce que le principe de précaution ?

Depuis une vingtaine d'années, le principe de précaution est un concept qui a pris de la valeur.

Initialement, il tire son origine du traité de Rome datant de 1957 (art. 174) et a été introduit dans le droit français par la loi Barnier de février 1995 (art. 200-1 du Code rural). Fondamentalement, cette idée peut s'exprimer de façon simple par le célèbre « *primum, non nocere* ». Ce principe de précaution est maintenant inscrit dans la Constitution de la République française.

Agir avec précaution, c'est à la fois agir avec « prévention et prudence ». L'histoire récente des accidents de la médecine et globalement de la santé rappelle à tout un chacun l'exigence de sécurité par rapport à ses agissements. Sang contaminé, pratiques sexuelles à risque, Creutzfeld-Jakob, encéphalopathie spongiforme bovine, grippe aviaire, sont autant de situations potentiellement dramatiques ou avérées pour lesquelles chacun peut avoir une responsabilité individuelle. Par ailleurs, ces situations ont conduit, au plan administratif, à la création d'instances telles que des réseaux de surveillance épidémiologiques depuis 1998, concernant le développement de maladies transmissibles.

L'une des difficultés de cette situation est la méconnaissance souvent grande, au moment de l'émergence du risque, des mécanismes et donc de la possibilité de prévention, *a fortiori* de traitement. Elle se rapproche de la notion de responsabilité à un moment donné, selon l'état des connaissances à cette date.

Ce principe de précaution peut également être appliqué de façon individuelle au plan médical, à propos d'options thérapeutiques ou diagnostiques. Il permettra de limiter l'incidence de complications non forcément prévisibles. Il veut que l'on agisse non en fonction de l'état de méconnaissance du moment mais du risque potentiel.

Il faut également citer dans cette réflexion le Pr Yvonne Lambert-Faivre : « Le principe de précaution exprime la prise de conscience que nos pouvoirs excèdent nos savoirs. Il est la sagesse de celui qui mesure ses connaissances à l'aune de ses ignorances » (*Droit du dommage corporel*, Dalloz, 2002).

À retenir

Le principe de précaution vise, à titre individuel ou collectif, à faire en sorte d'éviter un dommage en ayant une attitude prudente de principe face à une situation dont on ne connaît pas forcément encore tous les risques.

Qu'est-ce que la non-assistance ?

« Quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour des tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle soit en provoquant un secours », s'expose à une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende, aux termes de l'article 223-6 du Code pénal.

La chambre criminelle de la Cour de cassation précise toutefois dans son arrêt rendu le 3 février 1993 que « ce délit n'est constitué que si le prévenu s'est abstenu de porter secours **alors qu'il avait conscience du degré de gravité de la situation** ». La discussion pourra alors porter sur l'éventualité d'une erreur diagnostique sur la gravité de l'état d'un patient en arrêt cardiorespiratoire.

Ainsi plusieurs questions seront posées au médecin suspecté de non-assistance face à l'appel téléphonique d'un patient :

- a-t-il été prévenu valablement ?
- était-il conscient de la gravité de la situation ?
- a-t-il cherché à alerter les secours ?
- y avait-il un danger pour lui ou pour un tiers à procéder à une quelconque assistance (électrocution avec maintien du câble à haute tension sur la victime, par exemple) ?

La démarche d'assistance, pour être valable, doit être logique et complète. Un médecin reçoit un appel en urgence, il ne peut s'y rendre car il est lui-même souffrant, mais il doit alerter lui-même un service d'urgence et ne pas laisser ce soin au patient ou à son entourage. Il doit de la même façon, en cas d'appel incomplet, chercher à retrouver la trace de son malade grâce à l'annuaire, le Minitel, Internet, la gendarmerie ou les pompiers, afin de ne pas risquer de laisser en détresse un patient incapable de rappeler, etc.

Globalement, dans ce type de mise en cause, une bonne part de la question réside dans la prise en charge non seulement médicale mais aussi morale et éthique du problème. En cas d'impossibilité à se rendre sur place, le médecin doit pouvoir prouver qu'il a eu le souci de la santé de son patient, et qu'il a fait tout ce qu'il pouvait pour retrouver la trace ou envoyer un confrère. Même en matière pénale, il sera confronté ici à une certaine forme d'obligation de moyens.

Un arrêt de la Cour de cassation concerne la question délicate du refus de soin en situation de danger et permet de conclure que le patient est fondé à refuser toute investigation ou thérapeutique : « Doit être relaxé du chef (d'inculpation) d'omission de porter secours et du chef d'homicide par imprudence le médecin qui a accepté le refus de soins obstiné exprimé par sa patiente » (Cass. crim., 3 janvier 1973, D 1974, 591, Levasseur). Cette notion doit s'accompagner de la preuve de ce refus et de la preuve de tentatives de conviction de la part du médecin. On en revient cette fois à la question de la preuve de l'information (voir fiche 146).

Mais un autre arrêt, cette fois du Conseil d'État, intervenant comme Cour suprême face à une décision du Conseil national de l'Ordre saisi lui-même comme juridiction d'appel, vient compléter cette position, en allant finalement beaucoup plus loin dans l'exonération de la faute : « Commet une erreur de droit la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins qui inflige une sanction disciplinaires au médecin qui, devant le refus obstiné d'une patiente atteinte d'un cancer au-delà de tout traitement chirurgical ou radiothérapique, et ne lui administrant que des remèdes illusoire, ne l'adresse qu'au stade terminal de sa maladie » (CE 29 juillet 1994).

Ces arrêts datent toutefois de l'ancien article 1111-2. D'autres arrêts ont été rendus sous l'empire des textes actuellement en vigueur. Ainsi, le Conseil d'État publie en 2000 un arrêt établissant que « ne méconnaît ni l'article 38 (ancien, du CDM) ni l'article 3 de la CEDH le Conseil national de l'Ordre des médecins qui qualifie de faute déontologique le fait, pour un praticien, d'avoir délibérément provoqué la mort de sa patiente » (CE 29 décembre 2000).

C'est effectivement le moins qu'on puisse dire, et il est plus que probable que ce dossier a donné lieu, en outre, à une instance pénale qui, fort de cette position du Conseil d'État, a probablement vu une issue... logique à cette situation.

Autre décision : « L'alimentation forcée d'un détenu qui fait une grève de la faim en vue de lui sauver la vie ne saurait être qualifiée de mesure inhumaine et dégradante sous réserve que (...) la décision soit médicalement nécessaire (...) et que (...) la manière dont le détenu est alimenté ne soit pas contraire à l'article 3 de la CEDH » (CEDH, 5 avril 2005). Cette position de la Cour européenne des droits de l'homme permet donc au médecin de ne pas tomber sous le coup d'une mise en examen pour atteinte aux libertés individuelles en l'autorisant, dans les conditions précisées dans cette décision, à passer outre la volonté délibérée de grève de la faim exprimée par le détenu.

On conclura cette liste par un dernier arrêt du Conseil d'État : « Le droit pour un patient majeur de donner (...) son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale. Toutefois, les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale une atteinte grave et (...) illégale lorsque, après avoir tout mis en œuvre pour convaincre le patient d'accepter des soins indispensables, ils accomplissent (...) un acte indispensable à sa survie » (CE 16 août 2002). Cet arrêt exonère le médecin qui est passé outre la volonté exprimée du patient afin de sauver celui-ci de la mort, violant certes le devoir de respect de la position exprimée par un malade (cette disposition étant précisée dans le Code de déontologie médicale), mais respectant en cela l'obligation tant morale que déontologique et pénale d'assurances à personne en péril.

À retenir

La non-assistance correspond à l'abandon d'autrui à son sort alors qu'il se trouve en danger et que l'on est à même sans risque complémentaire de le tirer d'un mauvais pas. Cette attitude est punie d'amende et d'emprisonnement.

Qu'est-ce que l'obligation de moyens ?

Principe

L'obligation de moyen est une fille de la responsabilité contractuelle : c'est l'article 1147 du Code civil qui fixe cette responsabilité : « 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. »

Le corollaire « médicalisé » peut être représenté par l'article 33 du Code de déontologie médicale : « Le médecin doit toujours 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. »

La règle est que pour satisfaire à ses obligations (contractuelles), celui qui s'engage doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour que le contrat s'accomplisse effectivement, quel que soit le domaine de celui-ci, médical ou non, et à ce titre utiliser tous moyens à sa disposition. Concernant le lien entre médecin et malade, c'est à la fois la prudence et la diligence qui s'imposent à lui et qui constituent cette obligation, et ce contrat (de soins) supposera de la même façon l'utilisation de tous les « moyens » mis à la disposition de tout médecin en situation équivalente.

Extension du principe

Cette obligation s'étendra à des moyens diagnostiques (art. 8 CDM) :

- sens clinique et approche construite du raisonnement ;
- mais aussi utilisation d'explorations complémentaires et leur interprétation, et connaissance des conséquences à en tirer sur la démarche diagnostique.

Elle s'entend également dans le fait (art. 33 CDM) :

- de recourir à l'avis d'un confrère ;
- de transférer un patient vers un centre hospitalier ou une clinique mieux équipée que l'établissement dans lequel on prend en charge un malade difficile.

Elle comporte par ailleurs un axe thérapeutique, dans le choix des traitements les plus avancés et les moins dangereux pour le cas présenté par le patient, et également tout ce qui pourra concerner, notamment, les situations dans lesquelles la responsabilité pour non-assistance pourra être engagée :

- utilisation à bon escient de tel ou tel moyen de communication pour prévenir les services d'urgence ;
- utilisation de tel ou tel moyen de transport pour transférer un patient fragile aux urgences d'un hôpital, etc.

L'obligation de moyens correspond dès lors plus à un concept qu'à une liste précise.

L'obligation pesant sur le médecin est (...) de donner à son patient des soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science à la date des soins (Cass. Civ 1, 6 juin 2000, JCP, G, 2001, 10.447).

Jurisprudence

La cour d'appel de Poitiers précise cependant les choses en avril 1992 sur cette question de définition : « Les règles de responsabilité applicables au chirurgien-dentiste, ont d'une part et comme pour le médecin, pour fondement une obligation de moyens consistant à donner des soins attentifs et consciencieux, conformes aux données de la science et une obligation d'information tenant à la nécessité de recueillir le consentement éclairé du patient au traitement préconisé, et d'autre part et en outre une obligation de résultats pour les appareils et prothèses dont la fourniture et la pose constituent un acte technique. L'action en responsabilité engagée contre le docteur X doit être examinée par référence à ces différentes obligations » (CA, Poitiers, Ch. civ., 8 avril 1992, Association dentaire et autre c./Époux Mounier).

Mais pour devoir satisfaire à une obligation de moyens, le médecin ne devra pour autant pas promettre d'obligation de résultat, l'exercice de l'art médical étant pour le moins incertain.

Un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 février 1997 rappelle que l'obligation du médecin est une obligation de moyens. Cette affaire survenait quelques semaines après qu'un arrêt de la Cour de cassation a fait appel à la notion d'« obligation de sécurité ».

Concernant le dossier de février 1997, un ballonnet largable destiné à emboliser une fistule carotidocaverneuse se détache de façon inappropriée de son guide et vient se loger non pas dans la fistule mais dans la carotide interne, pour se bloquer dans la sylvienne. L'hémiplégie consécutive est définitive malgré des tentatives neurochirurgicales. Le patient poursuit son médecin au nom d'une obligation de résultat. Mais le TGI et la cour d'appel suivront les experts, considérant que « l'accident (...) devait s'analyser comme la matérialisation d'un aléa inhérent à tout acte chirurgical », ajoutant que « les soins avaient été consciencieux, attentifs, et conformes aux données actuelles de la médecine et de la science ».

Dans une autre affaire, un arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 1997 précisera encore les choses en retenant que « sans mettre à la charge du praticien une obligation de résultat, la cour d'appel a retenu des experts que les soins donnés n'avaient pas été conformes aux données actuelles de la science, dès lors qu'il n'y avait pas eu surveillance de (...) » (énumération des manquements). Cet arrêt précise donc une nouvelle fois le contenu de l'obligation de moyens, dont le terme est de parvenir à des soins « attentifs et consciencieux, conformes aux données actuelles de la science ».

Enfin, tout récemment, la 1^{ère} chambre énonce que « le psychiatre qui est intervenu *« sans retard et a mis en œuvre les moyens et précautions nécessaires pour parvenir à un bon diagnostic »*, n'engage pas sa responsabilité. L'obligation de moyens est confirmée par la Cour de cassation, même dans le domaine très particulier de la psychiatrie (25 juin 2009, Cass 1^{ère} civ, 08 15560).

En pratique

Le contrat médical est oral et implicite, il n'est pas signé. Il est conclu par un accord verbal au terme duquel les cocontractants s'engagent réciproquement l'un à prendre en charge la pathologie ou les symptômes présentés par le patient dans un contexte d'obligation de moyens et d'obligation d'information, l'autre à suivre ses prescriptions et à le rémunérer. Ce contrat est personnel, le médecin s'engageant à soigner lui-même son patient, et ne pouvant transférer cette charge à un confrère sans en avoir informé son patient.

À retenir

L'obligation de moyens consiste à utiliser tous les moyens raisonnablement à disposition pour parvenir au résultat souhaité. En matière médicale, le praticien devra s'entourer de méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés.

Qu'est-ce que l'obligation de résultat ?

L'obligation de résultat combat l'échappatoire de l'aléa et contraint le médecin au résultat promis ou attendu. Diverses situations peuvent y donner lieu.

L'obligation de résultat est fondée sur l'article 1147 du Code civil, et exclut l'aléa. Elle dispense le patient d'avoir à prouver la faute, il devra simplement démontrer l'inexécution ou la mauvaise exécution de cette obligation, et bien sûr le lien de causalité avec son dommage, seul lui permettant d'envisager une indemnisation à ce titre. Elle oblige le médecin à parvenir à un résultat convenu à l'avance préalablement à la prise en charge qu'il fait de son patient.

Le contrat médical est passé *intuitu personae*, la réalisation de l'acte par un autre praticien constituant une violation de l'obligation de résultat (acte prétendu réalisé par X pendant une anesthésie et réalisé en fait par Y). Autre situation, en fait contractuelle, celle de la chirurgie esthétique, où le résultat ne doit pas être « moins satisfaisant » que l'état préalable. Autre situation où l'aléa n'a pas sa place : les examens biologiques de laboratoire.

La fabrication d'un matériel implanté ultérieurement dans l'organisme (prothèse articulaire, prothèse valvulaire, implant dentaire ou ophtalmologique) est également soumise à une obligation de résultat car on considère que l'aléa n'a pas non plus sa place en matière de fabrication de matériel. L'obligation de résultat pèsera également sur ce matériel, cette notion abordant la responsabilité du fait des choses (voir fiche 81), leur bonne utilisation médicale ou implantation chirurgicale relevant en revanche d'une obligation de moyens, traditionnelle.

Mais l'obligation de résultat apparaît également dans le problème de l'infection nosocomiale dès lors que ce n'est que la preuve de l'existence d'une cause extérieure qui permettra d'exonérer l'établissement de soins de sa responsabilité à l'égard du patient (art. 142-11 CSP), et globalement dans les problèmes de sécurité sanitaire (incluant en particulier les dossiers de l'« hormone de croissance » et du « sang contaminé »).

À ce titre, l'arrêt, pourtant ancien, de 1991 (cour d'appel de Paris) vient illustrer ce principe : « Le contrat conclu entre une clinique et un centre départemental de transfusion sanguine auquel le bénéficiaire du sang est associé par la stipulation tacite qu'il contient en sa faveur n'est pas un contrat de soins médicaux par lequel le centre s'engagerait à soigner le malade mais un contrat de fourniture de sang pour l'exécution d'une prescription médicale.

« En sa qualité de professionnel, le centre départemental de transfusion sanguine doit livrer un sang exempt de vices. Sa responsabilité en cas d'inexécution de son obligation de résultat de livrer du sang non vicié ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère, telle que la force majeure, qui ne peut lui être imputée.

« Le vice interne du sang même indécélable ne constitue pas pour l'organisme fournisseur une cause qui lui est étrangère et les obligations du centre de transfusion quant à la conservation et à la délivrance du sang dont il a le monopole ne le

dispensent pas de réparer les conséquences dommageables dues à la fourniture d'un sang nocif contaminé par le virus du sida.

« En ce qui concerne la clinique utilisant le sang fourni, la nature du contrat qu'elle conclut avec le malade implique, en raison de la confiance que ce dernier doit nécessairement lui faire, l'obligation de fournir des produits sanguins non viciés.

« Quant au médecin prescrivant une transfusion sanguine au bénéficiaire, il n'est pas tenu de vérifier si le sang qui lui est fourni est de bonne qualité et reste débiteur d'une obligation de moyens » (CA Paris, 1^{re} Ch. B, 28 novembre 1991 ; Fougéron et autres c./Dame X et autre, TGA Paris, 1^{re} Ch., 1^{er} juillet 1991).

Rappelons une nouvelle fois que le concept général de la responsabilité médicale veut que le médecin soit soumis à une obligation de moyens, à de très rares exceptions « officielles » près.

Mais l'évolution récente de la jurisprudence, d'une part, de la législation, d'autre part (loi du 4 mars 2002), a tendance à faire lentement évoluer le concept pour finalement, que ce soit dans le sens de l'infection nosocomiale ou globalement des obligations de sécurité-résultat, tendre peu ou prou vers une obligation de résultats par le biais d'une obligation de sécurité.

À retenir

Souscrire une obligation de résultat consiste à promettre non pas de tout faire, mais de parvenir. Le médecin est *a priori* tenu d'une obligation de moyens, mais diverses évolutions jurisprudentielles et législatives imposent dans certains cas une obligation de résultat.

Que comporte l'obligation de sécurité ?

L'obligation de résultat se transforme en obligation de sécurité et se fonde finalement sur l'article 1147 du Code civil, et on pense à la classique obligation du transporteur, qui a pour charge de véhiculer ses passagers jusqu'au lieu d'arrivée, mais dans des conditions satisfaisantes.

Quelques arrêts empruntés à la question « Sommes-nous tenus à une obligation de moyens ou une obligation de résultats ? » (voir fiche 75) viennent nourrir cette réflexion :

- 7 novembre 2000, n° 99-12.255 (n° 1637 FS-P) : « Le contrat d'hospitalisation et de soins liant un patient à un établissement de santé privé met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits, tels les médicaments, qu'il fournit » ;
- 13 février 2001, n° 98-19.433 : « Un médecin est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale, consécutive à un acte médical réalisé dans un établissement de santé ou dans son cabinet ».

La portée de cet arrêt est annulée par les termes de la loi du 4 mars 2002 et les modalités de mise en jeu de la responsabilité en matière d'infection nosocomiale.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 janvier 1999, a considéré qu'à l'obligation de moyens qui s'applique de façon générale en matière de responsabilité contractuelle entre le patient et son médecin, peut se voir substituer une obligation de « sécurité-résultat », de sorte que le praticien (chirurgien en l'espèce) a une obligation de sécurité à l'égard de son patient.

L'obligation de sécurité semble ne concerner finalement que le produit utilisé, en tant qu'extension de la responsabilité du fait des choses sur le fondement de l'article 1384 du Code civil, touchant :

- tout matériel implanté ou utilisé de façon intracorporelle, comme moyen d'investigation (sonde d'exploration, coloscope), de traitement (ballon d'angioplastie, sonde d'ablation de faisceau accessoire de conduction intracardiaque, sonde diathermique d'exérèse de polype dépendant du même coloscope), le médecin ayant la possibilité d'un recours à l'encontre du fabricant ;
- ou l'infection nosocomiale, sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, associé finalement à l'article 1142-11 du Code de la santé publiques en provenance de la loi du 4 mars 2002, établissant que seule une cause extérieure (quasiment improuvable !) peut exonérer l'établissement de soins de sa responsabilité en matière d'infection nosocomiale.

À retenir

L'obligation de sécurité consiste à ce que la prise en charge (médicale) soit assortie d'une part de l'obligation de moyens (voir fiche 72) mais aussi de l'engagement de ne pas mettre en danger le patient, soit de son fait, soit du fait des « choses » qu'on utilise : prothèse, instrument, élément de traitement ou d'investigation.

Sommes-nous tenus à une obligation de moyens ou une obligation de résultats ?

Principe

La règle officielle et théorique est que nous sommes tenus à une obligation de moyens. D'ailleurs, le principe, d'une part, le contenu, d'autre part, de cette obligation sont rappelés régulièrement par la Cour suprême. L'obligation de moyens est donc le référent auquel nous devons nous attacher : nous devons utiliser (raisonnablement) tous les moyens qu'un autre utiliserait pour parvenir à un diagnostic ou à un résultat thérapeutique (voir fiche 72). Ainsi, autant la Cour suprême admet que l'art médical est difficile, autant elle constate la faute si l'obligation de moyens n'est pas respectée, non pas au titre d'une incompétence, dès lors qu'elle n'est pas manifeste et choquante, mais relativement à une insuffisance de moyens, laquelle n'a pas permis au médecin de parvenir à progresser dans sa démarche médicale.

Réalité

En pratique, plusieurs situations peuvent cependant imposer une obligation de résultats :

- la chirurgie esthétique peut être assortie contractuellement d'une obligation de résultat, comportant notamment l'engagement de non-aggravation d'une situation antérieure ;
- le fait de réaliser soi-même l'acte que l'on avait annoncé réaliser soi-même ;
- le résultat d'un examen de laboratoire.

Mais bien plus marquantes sont les situations générées par la jurisprudence actuelle concernant aussi bien la responsabilité en matière d'infection nosocomiale que la responsabilité du fait des choses, dans les cas de défaut de matériel utilisé par le médecin ou le chirurgien.

En effet, il faut retenir que :

- une obligation de moyens correspond au fait d'utiliser tous les moyens dont on dispose pour tenter de parvenir à un résultat satisfaisant. Elle est particulièrement présente en matière de droit médical administratif, notamment concernant l'environnement et la surveillance du malade, les retards dans l'organisation des soins ou du service, la mauvaise coordination entre les praticiens, l'absence de présence physique ou de contrôle de l'action d'un interne, le défaut de qualification d'un intervenant ;
- une obligation de résultat fait courir le risque de l'engagement de la responsabilité dès lors que le résultat convenu préalablement à la prise en charge du patient n'est pas atteint ;

- une obligation de sécurité fait courir le risque de l'engagement de la responsabilité au cas où un dommage est intervenu, dès lors que son contrat consistait à assurer la sécurité de son patient, cette sécurité ayant de fait été mise en défaut.

En pratique, l'obligation de sécurité de résultat concerne les matériels utilisés pour un acte d'investigation ou de soins (C. cass., 1^{re} civ., 9 novembre 1999), cette obligation reposant sur l'établissement de soins lorsqu'il a fourni le matériel (C. cass. 1^{re} civ., 30 juin 1993).

Jurisprudence

Divers arrêts viennent nourrir la discussion :

- 23 mai 2000, n° 98-19.869 (n° 906 FS-P) : « La réalisation d'une ligamentoplastie n'implique pas le sectionnement de l'artère poplitée, de sorte que la cour d'appel - qui déboute un patient de son action en responsabilité contre son praticien, au motif que ce dernier a mis en œuvre tous les moyens nécessaires et que la complication dont son patient a été victime est exceptionnelle et résulte d'un acte chirurgical non fautif - ne peut exclure la faute du chirurgien, sans constater que cette artère présentait chez le patient une anomalie rendant son atteinte inévitable » ;
- 7 novembre 2000, n° 99-12.255 (n° 1637 FS-P) : « Le contrat d'hospitalisation et de soins liant un patient à un établissement de santé privé met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits, tels les médicaments, qu'il fournit » ;
- 13 février 2001, n° 98-19.433 : « Un médecin est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale, consécutive à un acte médical réalisé dans un établissement de santé ou dans son cabinet ».

La portée de ce dernier arrêt est annulée par les termes de la loi du 4 mars 2002 et les modalités de mise en jeu de la responsabilité en matière d'infection nosocomiale.

Il faut noter ici, concernant le caractère exceptionnel des complications qui doivent faire l'objet d'une information, que le texte de la loi du 4 mars 2002 est en retrait par rapport à la jurisprudence, puisque le texte de la loi Kouchner précise : « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles », le législateur ayant certainement, pour motiver ce recul, retenu la réserve liée au risque de « décourager » le patient de faire pratiquer l'examen au nom des risques énoncés qui ne se réalisent jamais mais qui l'angoissent et le font renoncer.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 janvier 1999, a considéré qu'à l'obligation de moyens qui s'applique de façon générale en matière de responsabilité contractuelle entre le patient et son médecin peut se voir substituer une obligation de « sécurité-résultat », de sorte que le praticien (chirurgien en l'espèce) a une obligation de sécurité à l'égard de son patient. Les juges de cette cour ont estimé que lorsqu'un dommage est causé au patient et que ce dommage est sans rapport avec l'état antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de cet état, le praticien est tenu de réparer le dommage, même sans faute, au nom de cette obligation de « sécurité-résultat ». Cette décision s'apparente à l'arrêt de la cour d'appel de Paris en novembre 1999 sur la responsabilité du fait des choses.

Toutefois, il faut préciser que dans le domaine médical, l'obligation de sécurité n'existe que par le fait des choses utilisées, et ne s'applique en aucune manière aux actes accomplis, la Cour de cassation voulant fondamentalement conserver à la pratique médicale le concept d'obligation de moyens.

L'obligation de résultat se fonde finalement sur l'article 1147 du Code civil, et on pense à la classique obligation du transporteur, de véhiculer ses passagers non seulement jusqu'au lieu d'arrivée, mais aussi dans des conditions satisfaisantes.

Le médecin est finalement tenu d'une obligation de résultat dans de nombreuses situations, ce principe devant s'appliquer notamment (président P. Sargos, novembre 1995) « à tous les produits ou instruments fournis par le médecin à l'occasion de soins qu'il prodigue (...) dans les cas où les risques d'intervention chirurgicale sont tout à fait exceptionnels ».

Pour Yvonne Lambert-Faivre, l'obligation de sécurité médicale pourrait être formulée par l'idée suivante, reprenant en les complétant les termes de l'arrêt Mercier : « Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, de lui donner des soins consciencieux, conformes aux données acquises de la science, et présentant la sécurité à laquelle le patient peut légitimement s'attendre. »

On constate dans la jurisprudence récente une tendance à la consécration d'un degré croissant d'obligation de résultats, du fait de la multiplication des exceptions au principe de base de l'obligation de moyens.

Ce mouvement est préoccupant, pour le monde médical comme pour le monde des assurances, même si sur certains aspects il est logique et légitime. Il doit nous inciter à redoubler de prudence dans la gestion médicale et juridique des dossiers de nos patients.

À retenir

L'évolution législative et jurisprudentielle récente tend à imposer dans diverses situations, et notamment la question de l'infection et des « choses dont on se sert », une obligation de résultat, parfois assortie d'une obligation de sécurité explicite, mais le principe général de la responsabilité impose au médecin une obligation de moyens.

Quelle est la responsabilité du médecin du travail ?

La situation du médecin du travail est particulière. Son rôle est défini par l'article L.242-2 du Code du travail : « éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail ». Le médecin du travail est là pour assurer le contrôle du salarié sur son lieu de travail, tant concernant les pathologies qui pourraient se révéler à l'occasion du travail, que les risques directement liés au travail.

Il y a lieu de rappeler que l'article L.263-2 du Code du travail précise que « le chef d'établissement, directeur, gérant ou préposé, est responsable des infractions commises dans une entreprise ».

Au plan civil

Le médecin du travail n'est pas lié à son patient par un contrat, puisqu'il n'y a pas de soin au sens habituel du terme, bien que cette position ait donné lieu à discussion, mais seulement du contrôle et de la prévention.

La responsabilité médicale « traditionnelle » (depuis 1936) est contractuelle, du fait de l'existence d'un contrat tacite passé entre médecin et patient (voir fiche 45). Ce contrat est destiné à assurer au patient une prise en charge vigilante et consciencieuse correspondant à l'état de la science à ce moment-là.

En l'absence de lien de cet ordre, la responsabilité civile d'un exercice médical hors contrat de soins est donc aujourd'hui admise comme « quasi délictuelle » (Zajac P., *in* Archives des Maladies professionnelles 1995 ; 56 : 457-66), exceptionnellement délictuelle (fait de causer intentionnellement un dommage à autrui).

« Le médecin du travail est lié contractuellement au service médical de la médecine du travail qui, elle-même, contracte avec les employeurs pour l'organisation des visites médicales du travail obligatoires. Le médecin du travail n'a donc aucun lien contractuel avec les salariés qu'il examine et surveille, de même que la médecine du travail n'est pas liée contractuellement avec lesdits salariés. La relation médecin-patient se noue en exécution d'une obligation légale ou réglementaire pesant sur l'employeur ou le médecin, de sorte que la responsabilité des médecins du travail et de leur employeur ne peut être recherchée par le salarié que sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil » (TGI de Grenoble, 19 novembre 1998).

Ce jugement du TGI de Grenoble confirme donc cette notion de caractère « quasi délictuel » de la responsabilité du médecin du travail, cette responsabilité relevant des articles 1382 et 1383 du Code civil, l'article 1384 permettant en outre de rechercher la responsabilité de l'employeur et le cas échéant de condamner employeur et médecin du travail solidairement, du fait des dispositions rappelées en tête de ce chapitre (article L.263-2 du Code du travail).

Au plan pénal

La responsabilité pénale du médecin du travail est exceptionnellement recherchée. Les cas les plus fréquents semblent être relatifs à des questions de violation du secret, mais les autres écueils semblent difficilement atteindre le médecin du travail en matière pénale (voir fiche 79).

Au plan disciplinaire

La violation du secret est également prévue par le Code de déontologie et un tel comportement peut donner lieu à engagement de la responsabilité à ce titre. L'article 5 de ce code rappelle que « le médecin ne peut aliéner son indépendance sous quelque forme que ce soit ».

La relation entre médecin du travail et employeur sera parfois difficile dans certaines entreprises, mais la position doit être rigoureuse et sans exception autre que celles prévues (voir fiche 23), ce filtre se devant d'être totalement étanche.

À retenir

Le médecin du travail est soumis à une triple responsabilité, pénale, disciplinaire et civile, mais exclusivement délictuelle ou quasi délictuelle. Elle est toutefois rarement engagée. Au plan pénal, c'est surtout la violation du secret qui constitue un risque de mise en cause.

Pour en savoir plus

Fournier L, Proteau J. Secret médical et médecine du travail. Rev Prat 1990 ; 109 : 99–101.

Manaouil C, Doutrelot-Philippon C, Gabrion A, Jarde O. Le secret professionnel en médecine du travail. J Med Leg Droit Med 2000 ; 432 (2) : 137–44.

Manaouil C, Doutrelot-Philippon C, Gabrion A, Jarde O. La responsabilité du médecin du travail. J Med Leg Droit Med 2000 ; 43 (2) : 131–6.

Qu'est-ce que la responsabilité contractuelle du médecin ?

La responsabilité civile du médecin est essentiellement contractuelle, très accessoirement délictuelle, ou plutôt quasi délictuelle (voir fiche 59).

Contractuelle, elle est fondée sur l'article 1147 du Code civil, ce principe s'appliquant à la responsabilité médicale depuis l'arrêt *Mercier* en mai 1936. Cet arrêt pose de façon parfaitement claire les bases d'une responsabilité médicale spécifiquement désignée comme contractuelle, énonçant « qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade (...), du moins de lui donner des soins non pas quelconques (...) mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

Ce contrat est tacite bien sûr, et est considéré comme étant conclu dès lors que le médecin accepte de prendre en charge le patient pour le motif médical pour lequel il vient le consulter. Il impose la réalisation de l'engagement par l'intermédiaire d'une obligation de moyens, le médecin ne pouvant s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant l'existence d'une cause extérieure (« cas de force majeure ») (art. 1147 CC).

Le contrat médical est oral et implicite, il n'est pas signé. Le simple fait que le médecin ait accepté de prendre en charge la pathologie ou les symptômes présentés par le patient conclut cependant **de fait** ce contrat. Et en pratique, malgré l'absence de rédaction d'un contrat, l'existence d'une ordonnance, d'une feuille de soins, d'une attestation ou d'un certificat médical constituent des preuves incontestables de l'existence de ce rapport contractuel entre les deux acteurs de cette relation. Il concerne chaque personne, et chaque médecin. Il est donc dit *intuitu personae*. Le médecin s'engage à soigner lui-même son patient, il ne peut déléguer cette fonction à autrui sans l'en avoir informé.

Par ailleurs, il se doit d'être synallagmatique, c'est-à-dire équilibré. Autrement dit, chacun y doit quelque chose : le patient doit payer les conseils et prescriptions du médecin et s'y conformer, le médecin a une obligation de moyens et une obligation d'information.

L'obligation pour le médecin est évidemment une obligation de moyen et non de résultat (voir fiches 72, 73 et 75), sauf dans certaines circonstances particulières.

À retenir

La responsabilité contractuelle du médecin concerne l'accomplissement du contrat de soin passé avec le patient, régi par l'article 1147 du Code civil et concernant une prise en charge consciencieuse et attentive, conforme aux données acquises de la science, avec en outre le respect de l'obligation d'information.

Quels sont les principaux griefs retenus en matière civile ou administrative ?

La notion de responsabilité civile médicale s'applique à la faute par rapport au « contrat qui s'établit entre le patient et son médecin », ce qui suppose des soins « attentifs et consciencieux, conformes aux données actuelles de la science ».

On retiendra donc, en matière de griefs dans ce domaine :

- **insuffisance de moyens** (art. 33 CDM) : « Le médecin doit toujours 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 » (voir fiche 72) ;
 - **imprudence**, dans le choix diagnostique ou thérapeutique ou la réalisation d'un acte technique, légèreté de comportement, utilisation de procédés d'investigation lourds ou dangereux en négligeant d'autres procédés plus modernes et dépourvus de risque de complications ;
 - **retard ou absence de soins adaptés** à une situation médicale précise ;
 - **défaut d'information**, qui peut revêtir également une qualification disciplinaire, la question de la preuve de la délivrance de cette information étant au centre du débat. L'information doit être aussi complète que possible, loyale et adaptée à chaque situation, et à chaque patient, intelligible (voir fiches 145, 146 et 148) ;
 - **perte de chance**, notamment fondée sur le principe de la non-information (voir fiche 142) ;
 - **défaut de surveillance** d'un patient venant de subir une intervention ou une ponction artérielle et dont l'état de santé peut justifier une prise en charge immédiate ;
 - **défaut de diagnostic**, une erreur étant admise car l'art médical est difficile à maîtriser, mais les tribunaux n'accepteront en revanche ni une erreur grossière traduisant une incompétence notoire du praticien, ni une légèreté de comportement, ni une insuffisance de moyens au terme de laquelle le médecin n'aura pas utilisé tous les moyens raisonnablement à sa disposition pour parvenir à un diagnostic ou à une efficacité thérapeutique, sans pour autant tomber dans le piège de l'obligation de résultat ;
 - **retard au diagnostic, erreur diagnostique** majeure se situant dans le même genre de raisonnement que ci-dessus ;
 - survenue d'une **infection nosocomiale** par faute ou négligence du médecin (voir fiches 105 et 106) ;
 - défaut d'organisation d'un service.
- Peuvent également être cités les griefs suivants :
- responsabilité du fait des choses (prothèse défailante en chirurgie, bris de table d'examen) ;

- responsabilité au titre de la notion d'équipe médicale ;
- erreur de traitement, incluant les problèmes de posologie, de mauvaise indication, de non-respect d'une contre-indication ;
- retard au déplacement, ou inadaptation du moyen de transport d'un malade dans l'urgence ;
- manque de prudence dans le maniement de médicaments dangereux ;
- insuffisance de surveillance d'un malade, pouvant faire coïncider incompétence et négligence, ce qui peut évoluer vers « non-assistance ».

À retenir

De nombreux griefs peuvent être retenus en matière civile ou administrative, essentiellement une insuffisance de moyens, un défaut d'information, une imprudence. Ils font courir le risque de constitution d'une faute qui, à l'origine d'un dommage, peut donner lieu à une indemnisation.

Quels sont les principaux griefs retenus en matière pénale ?

Il convient avant tout développement de rappeler que « la loi pénale est d'interprétation stricte » (art. 111-4 CP). En ce sens, les faits reprochés au prévenu doivent entrer strictement dans les prévisions des articles concernés du Code pénal, notamment 319 ancien et 221-6, pour l'homicide involontaire, au risque pour le plaignant que sa démarche soit sanctionnée par un non-lieu.

Les principaux griefs retenus en matière pénale sont :

- **l'atteinte involontaire à la vie**, autrefois « homicide involontaire » (art. 221-6 et 7 CP), qui est le « fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, la mort d'autrui » et est « puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende si la négligence et l'imprudence ont de manière certaine contribué à la réalisation du dommage ». La Cour suprême a retenu l'homicide involontaire (C. cass. crim., 12 décembre 1997, n° 97-82.244) pour un chirurgien n'ayant pas transféré un malade vers un CHG alors que l'hôpital où il exerçait n'était pas suffisamment équipé, et ayant négligé les remarques à cet égard de l'anesthésiste ;
- **l'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne**, autrefois « blessures involontaires » (art. 222-19, 20 et 21 CP) : la sanction pour celui qui a causé, « par maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements » une ITT consécutive (incapacité temporaire totale) dépassant trois mois, est de deux ans de prison et 30 000 € d'amende, portée à 45 000 € et trois ans d'emprisonnement en cas de « violation manifestement délibérée à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements » ;
- **l'infraction aux règles relatives à l'expérimentation sur la personne humaine** (art. 223-8 et 9 CP) : depuis la loi 88-1138 du 20 décembre 1998, dite loi Huriet, l'expérimentation sur la personne humaine est beaucoup plus encadrée que par le passé. Cette loi a d'ailleurs été complétée par les lois de bioéthique du 29 juillet 1994. L'article 223-28 du Nouveau Code pénal sanctionne les contrevenants aux dispositions de ces textes, notamment concernant l'information et le plein accord des participants à cette recherche, avec des peines de trois ans et 45 000 € d'amende. Le Nouveau Code pénal prévoit d'ailleurs que des personnes morales pourront également être poursuivies dans ce cadre. Il réglemente également, de façon extrêmement stricte, l'expérimentation sur les majeurs protégés ;
- **l'infraction aux dispositions relatives à l'interruption de grossesse** (art. 223-10 CP) : la loi de 1975 dite loi Veil a donné la possibilité aux femmes souhaitant interrompre leur grossesse de pouvoir le faire légalement, mais dans un cadre très précis, concernant notamment la question du délai depuis les dernières

règles. Ce délai, initialement à 10 semaines de grossesse, soit 12 semaines d'aménorrhée, a été récemment porté à 12 semaines de grossesse, soit 14 semaines d'aménorrhée ;

- **la mise en danger de la vie d'autrui, imprudence, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité** (art. 121-3 et 223CP) ;
- **l'omission de porter secours**, autrefois « non-assistance à personne en danger » (art. 223-5, 6 et 7 CP) : « Quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour des tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle soit en provoquant un secours », s'expose à une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende, aux termes de l'article 223-6 du Code pénal. Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 3 février 1993 précise que ce délit n'est en fait constitué que si le prévenu s'est abstenu de porter secours alors qu'il avait conscience du degré de gravité de la situation. La Cour suprême a cassé un arrêt ayant condamné un médecin qui s'était abstenu de pratiquer des manœuvres de réanimation alors que les principales fonctions vitales avaient déjà cessé. Une erreur de diagnostic sur l'état d'un patient et l'opportunité de réanimer ne peut donc pas être d'emblée constitutive du délit de non-assistance ;
- **les manquements graves à une obligation professionnelle** : absence de lecture de dossier, refus de se déplacer et prescriptions par téléphone (appelé par téléphone par une infirmière, le médecin qui refuse de se déplacer est potentiellement coupable d'« atteinte à l'intégrité physique de la personne »), non-respect d'une obligation générale de prudence, retard dans la prise en charge d'un patient, non-respect d'une obligation élémentaire de sécurité par absence de prise en charge efficace.

Peuvent également être cités :

- **l'exercice illégal de la médecine**, où deux grands cadres sont concernés :
 - ceux qui « pratiquent l'art de la guérison en l'absence de tout diplôme les y autorisant » (art. L.372-1 CSP) : « X se livrait, à titre habituel, non à l'établissement de diagnostics, mais au traitement de maladies réelles ou supposées de ses clients, par des actes personnels, et les présentait comme devant traiter les maladies de ses clients (...) ». Cet arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1993 met en lumière les trois éléments constitutifs du délit d'exercice illégal : défaut de qualité chez l'auteur du délit, accomplissement d'actes médicaux, habitude ;
 - ceux qui sont « pourvus d'un diplôme médical, mais qui, par leurs actes, sortent des attributions qui leur sont légalement dévolues ». Ainsi a été condamné par la cour d'appel de Paris le 5 mai 1993 un kinésithérapeute qui établissait des diagnostics, prescrivait des médicaments, et procédait à des injections intramusculaires de produits en provenance de l'étranger ;
- **la violation du secret** (voir les nombreuses fiches relatives au secret dans cet ouvrage, et les références à cette question dans l'index alphabétique) ;
- **les fausses déclarations, certificats de complaisance** : on ne peut attester de l'état de santé que de quelqu'un qu'on a déjà examiné au moins une fois... Mais cette évidence n'est curieusement pas claire pour tous. De même les déclarations, souvent utilisées dans des procédures de divorce, par lesquelles le

médecin émet un avis sur une situation ou un fait dont il n'a pas toujours été le témoin direct (violation, en outre, du Code de déontologie dans le domaine de l'immixtion dans les affaires de famille, article 51) ;

- **l'infraction à la législation sur les stupéfiants** par délivrance inappropriée d'ordonnances ne respectant pas les règles strictes de prescription dans ce domaine.

À retenir

Parmi les principaux griefs retenus en matière pénale, l'homicide involontaire et les blessures involontaires sont les plus marquants, mais de nombreux autres sont envisageables parmi lesquels la violation du secret et la non-assistance à personne en péril.

Quels sont les principaux griefs retenus en matière disciplinaire ?

Le Conseil de l'Ordre des médecins, représenté par sa section disciplinaire siégeant au sein du conseil régional de l'Ordre, statue sur les éventuels manquements au Code de déontologie médicale.

Il est donc incompétent pour se prononcer sur les griefs portés devant une juridiction civile ou pénale, à savoir faute technique, manquement à une obligation de moyens, incompétence, etc., et ne pourra statuer à leur sujet. C'est la raison pour laquelle une action disciplinaire n'interfère pas avec une action civile ou pénale, et qu'elle peut en revanche en être contemporaine.

Il statuera dès lors sur les éléments concernés par l'article L.4121-2 du Code de la santé publique, relatifs à une violation de l'esprit de la profession médicale, représenté notamment par le Code de déontologie médicale et son article 3 : « Le médecin doit, en toute circonstance, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine. »

Mais, plus précisément, l'analyse des articles du code nous amènent à retenir les griefs suivants :

- violation du secret ;
- immixtion dans les affaires de famille ;
- violation de l'obligation d'information ;
- violation du respect de la personne ;
- non-respect de la souffrance ;
- non-respect d'un refus de traitement proposé ;
- non-assistance à personne en danger ;
- non-signalement de sévices ou de mauvais traitements ;
- comportement indélicat en matière de fixation d'honoraires ;
- propos indignes à l'égard d'un patient ou d'une famille...

Globalement, on constate que les griefs pouvant être portés devant la juridiction disciplinaire concernent des aspects d'éthique professionnelle, certaines de ces situations ayant en outre une implication pénale (violation du secret, non-assistance, notamment).

Le conseil régional est composé de huit conseillers et d'un président de chambre (deux chambres sur le conseil régional d'Île-de-France).

Les sanctions prévues sont l'avertissement, le blâme, la suspension et la radiation. Elles sont susceptibles d'appel devant le Conseil national de l'Ordre.

Une radiation n'est jamais définitive, et le Code de santé publique prévoit que lorsqu'une radiation est prononcée, le médecin ainsi condamné peut, au terme d'un délai de trois années, demander sa réintégration. Un refus entraîne toutefois une impossibilité de représenter une nouvelle demande avant un nouveau délai

de trois années. Bien que n'étant pas définitive, une interruption d'exercice de trois années, surtout si elle est reconduite pour une nouvelle période de trois ans, a bien évidemment des conséquences « radicales » sur le fonctionnement d'un cabinet.

Les sanctions prononcées par la juridiction professionnelle sont susceptibles d'amnistie : la loi d'amnistie 2002-1062 du 6 août 2002, article 11, alinéa 1, dispose : « Sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles », ajoutant à l'alinéa 4 : « Sauf mesure individuelle accordée par décret du président de la République, sont exceptés du bénéfice de l'amnistie prévue par le présent article les faits constituant des manquements à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs. »

Il n'y a pas eu d'amnistie au décours de l'élection présidentielle de 2007.

À retenir

Les griefs retenus en matière disciplinaire se calquent sur l'obligation de respect du Code de déontologie et du Code de la santé publique. Cette notion est théoriquement large, incluant notamment des questions de comportement face au patient ou son entourage. Ces griefs seront soumis à l'appréciation de la juridiction professionnelle de premier degré (conseil régional de l'Ordre des médecins).

Qu'est-ce que la responsabilité du fait des choses ?

Cette notion est une extension de l'article 1384 du Code civil qui prévoit que : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses qu'on a sous sa garde. »

Dans la pratique, cette notion s'étend à la matière médicale concernant « les choses dont on se sert ».

Tout produit ou matériel utilisé par un professionnel se doit d'être exempt de défaut pouvant créer un danger voire un dommage à celui vis-à-vis duquel il est utilisé. On peut donc estimer que tout médecin utilisant un produit se révélant défectueux pourrait être inquiété et poursuivi, quitte à ce que secondairement il exerce un recours contre le fournisseur qui supporterait la charge finale de la responsabilité et donc de l'indemnisation. C'est sur ce principe qu'est établie la responsabilité du médecin en cas de rupture accidentelle du divan d'examen, avec faculté d'appel en garantie à l'encontre du fabricant.

La Cour de cassation confirme ce point de vue général : « Le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 9 novembre 1999).

Cet arrêt tend donc explicitement à mettre à la charge du médecin une obligation contractuelle de sécurité-résultat.

Cette position peut s'appliquer aux prothèses utilisées en chirurgie ou en investigations endocorporelles interventionnelles : coloscope ou fibroscope, sonde de coronarographie, prothèse orthopédique ou valvulaire, notamment. Ainsi dit plus haut, le médecin ainsi poursuivi pourra exercer une action récursoire à l'encontre de son fournisseur.

Elle peut également s'étendre à la notion de fourniture de produits sanguins, ou de matériel de greffe ou de transplantation... On voit toute l'incidence potentielle de cette situation, faisant évoquer en premier lieu l'affaire dite du sang contaminé ou celle de l'hormone de croissance. Dans cette espèce, la Cour de cassation avait jugé le 12 avril 1995 que les cliniques n'étaient tenues que d'une obligation de prudence et de diligence concernant la fourniture de produits sanguins.

L'actuelle législation (art. 1386-1 à 18 CSP), applicable en France depuis seulement 1998 alors qu'elle est issue d'une disposition datant de 1985 (!), instaure une responsabilité de plein droit des fournisseurs, terminologie qui peut s'appliquer aux fournisseurs de produits médicaux, de produits sanguins, de médicaments, de vaccins. Le producteur s'exonère de sa responsabilité si l'éventualité du dommage est inconnue à l'époque de la fourniture de ce produit,

exonération qui ne concerne pas les produits dérivés du corps humain (sang, organes).

Il y a lieu de s'arrêter un instant sur l'« affaire des gants en latex » (Cass civ 1, 22 novembre 2007):

- « attendu que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont le médecin est contractuellement tenu ;
- attendu que, le 23 novembre 1984, M. X a pratiqué une intervention chirurgicale sur Mme Y, au cours de laquelle celle-ci a présenté une réaction allergique, imputée au contact de ses muqueuses avec les gants chirurgicaux utilisés par le praticien ; que la responsabilité contractuelle de ce dernier a été recherchée ;
- attendu que, pour déclarer M. X responsable du préjudice subi par Mme Y, l'arrêt retient que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier (...) une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical ou de soins, tels que, comme en l'espèce, des gants chirurgicaux en latex, dans la mesure où il est démontré que ces matériels sont à l'origine du dommage subi par le patient, lequel est en droit d'exiger une sécurité totale quant à l'utilisation des matériels faisant partie de l'intervention chirurgicale pratiquée par le médecin ;
- attendu qu'en statuant ainsi, après avoir constaté la survenance, en l'absence de fautes du praticien ou de vice des gants utilisés, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...) ;
- par ces motifs, casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 septembre 2005, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (...). »

Dans ce dossier, on retrouve les éléments suivants :

- allergie au latex ;
- non connue ;
- obligation de sécurité-résultat du praticien à l'égard de son patient ;
- absence de faute médicale ;
- absence de vice sur les gants.

Il sera impossible de retenir un manquement à cette obligation de sécurité-résultat dès lors qu'il n'est reconnu aucune faute. C'est donc une qualification d'aléa.

À retenir

L'individu est responsable de ses propres fautes, mais également des choses qu'il a sous sa garde et, par extension, des choses dont il se sert. Sa responsabilité est donc engagée en cas de défaillance d'objets ou de matériel qu'il utilise dans son exercice professionnel, quitte à ce qu'il exerce secondairement un recours contre le constructeur ou le fournisseur.

Est-ce une faute professionnelle que de ne pas suivre de formation professionnelle continue ?

Le Code de déontologie exprime clairement dans son article 11 que : « 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. » Posons-nous la question de savoir comment nous soignerions nos patients sans mise à niveau depuis trente ans... ou seulement depuis dix ans ?

Le médecin doit être performant et compétent pour assurer la prise en charge efficace de ses patients. On parvient assez rapidement dans le raisonnement à la notion d'obligation de moyens, et d'incompétence fautive.

Les diverses juridictions reconnaissent la difficulté de l'art médical, mais n'acceptent pas que le médecin ait fait preuve de cette incompétence fautive : en d'autres termes, tout le monde peut se tromper sur des situations difficiles, mais on ne doit pas ignorer ce qu'aucun médecin « normalement diligent » n'ignorerait pas.

En conséquence, l'incompétence liée à un défaut de mise à jour des connaissances est constitutive incontestablement d'une incompétence fautive et donc logiquement condamnable en cas de litige.

À retenir

Il est condamnable de ne pas suivre de formation professionnelle continue et de ne pas chercher à améliorer l'état de ses connaissances professionnelles.

Y a-t-il des spécificités dans la responsabilité du chirurgien esthétique ?

La médecine esthétique peut être pratiquée par tout médecin, s'il s'estime compétent. En revanche, la chirurgie esthétique relève exclusivement d'un chirurgien. Elle constitue une spécialité médicale reconnue depuis 1988 sous l'appellation « chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique ».

Certains éléments sont fondamentaux à connaître :

- la qualification du praticien, qu'il s'agisse de ses qualités professionnelles dans son art que de la reconnaissance ordinaire de cette qualification ;
- le fait de ne pas altérer l'aspect antérieur en voulant le modifier ou l'améliorer constitue une forme d'obligation de résultat. À ce titre, la réalisation de photographies est essentielle.

Le chirurgien devra pouvoir prouver, en cas de complication et de risque de procédure, qu'il a laissé un temps de réflexion suffisant à son (sa) patient(e), et les preuves écrites sont indispensables (courrier). Un délai minimal de quinze jours est prévu pour permettre une prise de décision en connaissance de cause entre la remise du devis détaillé et de l'information délivrée et l'intervention elle-même (décret n° 2005-777 du 11 juillet 2005, JO, 12 juillet 2005). Pendant cette période, le chirurgien esthétique ne doit percevoir aucun acompte, sauf honoraires de consultation. La Cour d'Appel de Paris réaffirme (29 mai 2009, RG 08 23204) l'obligation de délai de quinze jours entre la remise du devis et l'acte chirurgical, le délai de 24 heures étant jugé non conforme par cette Cour.

Le compte rendu doit être particulièrement complet et précis. Les actes doivent être réalisés dans des établissements agréés.

Les grands axes de la responsabilité en chirurgie esthétique sont les suivants :

- l'information, qui doit être fondamentale, doit être large et prouvable. Elle sera exhaustive et renseignera sur les conditions de l'intervention, et les risques de complications. Un entretien préalable est nécessaire ;
- ne pas altérer une situation préexistante du fait de l'acte chirurgical : la disproportion entre le risque et l'amélioration constitue une faute d'appréciation. De même ne pas tenir compte du risque d'emblée évaluable d'aggravation de la situation préalable constituera également une faute.

Les sanctions **au plan pénal** seront relatives au non-respect des obligations incombant au chirurgien esthétique :

- exercice des activités de chirurgie esthétique sans autorisation ou caducité de cette autorisation ;
- non-respect du devoir d'information, portant sur le devis, l'information relative au geste chirurgical et à ses complications, le non-respect du délai, de l'interdiction de toucher quelque avance sur honoraires durant cette période de réflexion.

Au plan civil, ce sont les règles habituelles de mise en jeu de la responsabilité qui s'exercent, ainsi qu'au plan **déontologique**.

À retenir

La chirurgie esthétique, différente de la chirurgie reconstructrice, a, au-delà des règles habituelles d'engagement de la responsabilité professionnelle face aux juridictions judiciaires, des impératifs extrêmement précis dont le manquement engage la responsabilité du praticien, notamment au plan pénal.

Quel est le risque chiffré de mise en cause judiciaire de notre activité ?

Peu de travaux sont encore disponibles, certaines statistiques partielles rendant mal compte de la réalité globale du processus.

L'évolution était lente jusque dans les années 1985, la saisine du juge, toutes juridictions confondues, étant alors de l'ordre de 700 à 750 dossiers par an.

L'un des problèmes principaux est d'arriver à faire le distinguo entre les déclarations, les réclamations et les procédures judiciaires.

Les déclarations à l'assureur sont le fait du médecin qui, conscient de l'existence d'un risque de contentieux, contacte son assureur pour lui transmettre une déclaration à titre conservatoire, afin « d'ouvrir le dossier », ou de médecins qui, assignés, en informent – bien tardivement alors ! – leur assureur. Il ne faut bien sûr pas amalgamer ces deux catégories. La différence tient à de nombreux facteurs, l'un d'entre eux étant que la faute prouvée était exigée pour pouvoir prétendre à une indemnisation. La compensation indemnitaire de l'aléa thérapeutique issue de la loi du 4 mars 2002 ouvre un vaste champ de possibilités d'instances non judiciaires, la porte des CRCI permettant l'accès à la voie d'indemnisations « contentieuses non judiciaires ». De même s'inscrivent dans cette direction les diverses situations de présomption d'imputabilité, finalement équivalentes aux précédentes en termes de simplification procédurale et de limitation de la contrainte de la preuve : le fait est supposé, et sa qualification est acquise de principe, faute de preuve contraire.

C. Sicot a fait le point sur près de vingt ans d'assurance de la part du GAMM, associant la MACSF et le Sou médical : de 1987 à 2001, les déclarations de sinistre enregistrées par la SHAM, assurant 60 % des lits d'hospitalisation, tant privés que publics, ont crû de 450 %, passant de 800 à 3 600, soit une sinistralité déclarée majorée de 4,5 fois ; approximativement sur la même période, le développement des déclarations au GAMM est de l'ordre de 330 %, passant de 733 à 2 413, soit 3,3 fois (Hureau J, Poitou D).

En 2008, 828 décisions ont été rendues, 630 (76 %) en matière judiciaire (dont 34 pénales) et 198 par les CRCI, soit 24 %. L'évolution des qualifications fautives en CRCI est stable entre 2004 et 2008, à 33 %, alors qu'en matière civile, les condamnations sont passées pour la même période de 50 % des dossiers à 67 %, soit une majoration d'un tiers et 62 % en pénal.

L'incidence de la majoration du coût financier explique l'évolution de la prime d'assurance dans certains domaines de spécialités, notamment bien sûr l'obstétrique et l'anesthésie (figures 84.1 et 84.2).

La sinistralité globale est passée de 0,77 % en 1985 à 1,87 % en 2002, toutes disciplines confondues, **soit une progression de 243 %**, en sachant que la répartition est extrêmement inhomogène, certaines spécialités étant véritablement sinistrées en termes de risque judiciaire, comme notamment la pédiatrie,

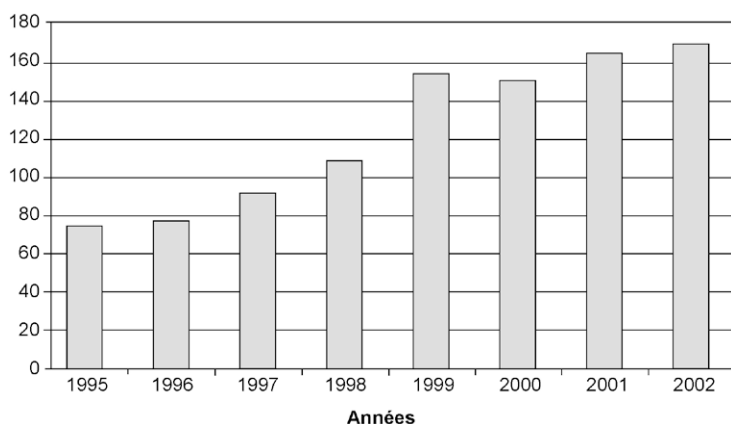


Figure 84.1

Évolution du coût de la responsabilité civile, en millions d'euros, de 1995 à 2002.

D'après GTAM. In : Rogier A. Responsabilité médicale. Eska, Paris, 2005.

mais surtout la chirurgie, l'obstétrique et l'anesthésie. L'état de sinistralité va de 1,09 % en psychiatrie à 31,7 % en chirurgie, avec curieusement une incidence très discrètement moindre en chirurgie esthétique, à 29,9 %. Le risque prévisible de mise en cause au vu des données actuelles, au cours de la totalité des 35 ans d'une carrière, va de 0,4 en psychiatrie à 11 en chirurgie.

De 2007 à 2008, le nombre de sinistres dépassant 100 000 € a été multiplié par 1,4, et le total des indemnités allouées par la juridiction civile s'est élevé à 81 millions d'€, 60 % de cette somme concernant la chirurgie, l'obstétrique et l'anesthésie.

La confrontation de ces résultats évoque incontestablement le fait que chaque procès coûte de plus en plus cher, les actions ayant crû de 243 % en 17 ans, le coût en ayant crû de 248 % mais en 7 ans seulement.

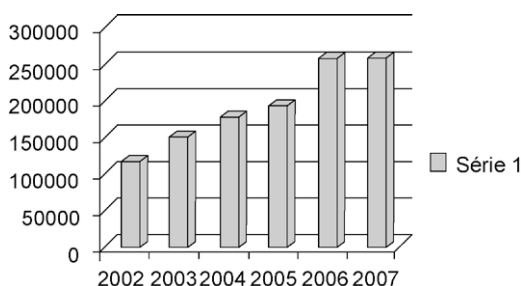


Figure 84.2

Indemnisation moyenne par sinistre fautif (GAMM, 2007).

On constate donc une incontestable ascension des actions contentieuses à notre rencontre, les spécialités n'étant pas toutes soumises au même risque, corrélée à une majoration du montant de l'indemnisation par les assurances sur le poste responsabilité civile professionnelle. Cette progression doit nous inciter :

- non seulement à parfaire nos connaissances professionnelles médicales, chacun dans notre domaine ou spécialité ;
- mais aussi à savoir réagir face à des situations litigieuses voire délicates sans y laisser « trop de plumes », ni trop de nuits blanches, en ayant acquis :
 - d'une part la maîtrise d'un certain nombre de réflexes (voir fiches 5 et 6) ;
 - d'autre part suffisamment de connaissances juridiques (livresques ou dans le cadre de congrès ou de FMC) pour arriver « dans l'arène » sans être terrifié par l'inconnu.

À retenir

La sinistralité a crû d'environ 2,5 fois de 1985 à 2002. On peut imaginer que cette progression n'est pas finie, depuis le développement de la procédure devant les CRCl. Les risques sont réels et extrêmement variables d'une spécialité à une autre. Le montant de l'indemnisation de la responsabilité civile a crû de façon encore plus impressionnante.

Pour en savoir plus

Hureau J, Poitou D. L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un pré-judice corporel. 2^e édition. Paris : Masson ; 2005.

Sicot C. Une politique de gestion des risques : pourquoi ? Responsabilité 2004 ; 11 : 3-5.

Que devons-nous afficher en salle d'attente ?

L'arrêté du 11 juin 1996 relatif à l'information sur les tarifs d'honoraires pratiqués par les médecins libéraux énonce les dispositions suivantes :

- **article 1^{er}** : « Les médecins libéraux doivent afficher, de manière visible et lisible, dans leur salle d'attente, les indications suivantes :
 - leur situation vis-à-vis des organismes d'assurance maladie (conventionné ou non), y compris leur secteur d'appartenance conventionnelle et leur droit à dépassement permanent ;
 - les honoraires ou fourchettes d'honoraires des prestations suivantes, lorsqu'elles sont couramment pratiquées par le praticien : consultation, visite à domicile, indemnité de nuit et de dimanche ;
 - pour les praticiens qui n'effectuent pas couramment les prestations visées au deuxième alinéa, les fourchettes d'honoraires d'au moins cinq prestations les plus couramment pratiquées par le praticien ;
 - dans les cas des praticiens conventionnés dont les honoraires sont réglementés, les phrases : " Pour tous les actes pris en charge par l'assurance maladie sont pratiqués les tarifs d'honoraires fixés par la réglementation. Ces honoraires peuvent être dépassés en cas d'exigence exceptionnelle du patient, de temps et de lieu ; dans ce cas, votre médecin vous donnera toutes les informations sur les honoraires demandés. " ;
 - dans le cas des praticiens conventionnés dont les honoraires sont libres, les phrases : " Pour tous les actes sont pratiqués des tarifs d'honoraires déterminés par le praticien. Le remboursement s'effectue sur la base des honoraires conventionnés. Votre médecin vous donnera préalablement toutes informations sur les honoraires qu'il compte pratiquer. " ;
 - pour les praticiens non conventionnés, les phrases : " Pour tous les actes sont pratiqués des tarifs d'honoraires déterminés par le praticien. Le remboursement s'effectue sur la base des tarifs d'autorité. Votre médecin vous donnera préalablement toutes les informations sur les honoraires qu'il compte pratiquer. " » ;
- **article 2** : « La situation des praticiens vis-à-vis des organismes d'assurance maladie, y compris leur secteur d'appartenance conventionnelle, sera progressivement indiquée sur les plaques professionnelles lors de toute installation ou de toute modification de ces plaques » ;
- **article 3** : « Sur simple demande, les patients doivent être informés de la situation du médecin vis-à-vis des organismes d'assurance maladie ainsi que des honoraires ou des fourchettes d'honoraires et des bases de remboursement visées aux deuxième et troisième alinéas de l'article 1^{er} ».

D'après une enquête de la Direction générale de la concurrence de 2007, près d'un médecin sur deux ne respecte pas la réglementation en matière d'affichage des honoraires en salle d'attente...

Il est également souhaitable d'indiquer les **numéros d'urgence** : SAMU, pompiers, urgence libérale (SOS médecin ou équivalent).

À retenir

La tendance à la « transparence » en tout s'étend à la fiche obligatoirement présente en salle d'attente qui doit informer les patients d'un certain nombre de caractéristiques du cabinet médical qu'ils fréquentent, notamment concernant les honoraires demandés par les praticiens.

Que devons-nous (pouvons-nous) indiquer sur notre plaque ?

La rédaction de la plaque obéit également à des règles précises. Doivent y figurer :

- le prénom et le nom ;
- les titres reconnus par l'Ordre ;
- la spécialité ;
- le téléphone ;
- le secteur d'activité face aux organismes sociaux ;
- la localisation du cabinet dans l'immeuble ;
- les horaires de consultation.

Les dimensions de la plaque doivent être en accord avec la discrétion.

Les mentions complémentaires faisant penser à une « fiche publicitaire » sont interdites, les précisions du type « nez bouché » ou « maladies des femmes » étant assimilables pour l'une à du racolage, pour l'autre à de la tromperie...

Mieux vaut s'en tenir à des choses simples en accord avec l'esprit de dignité de notre profession...

À retenir

Les mentions de la plaque, tout comme les mentions portées sur le papier à lettres, doivent être conformes aux usages et aux recommandations de l'Ordre. Elles sont rappelées ci-dessus.

Que doit mentionner une ordonnance ?

La rédaction d'une ordonnance répond à des impératifs précis et stricts. Elle doit mentionner :

- le nom du patient, son âge éventuellement et son poids, s'il s'agit d'un enfant ;
- le poids pourra également être précisé si la dose importante est justifiée par une surcharge pondérale significative et également en cas de prescription pour un enfant ;
- la durée du traitement, si besoin pour chaque produit si l'ordonnance n'est pas rédigée de façon globale ;
- le nom du produit clairement écrit en majuscules, parfaitement lisible car une mauvaise lisibilité d'une prescription peut engager la responsabilité du prescripteur, celle du pharmacien étant de fait amoindrie en cas d'erreur de délivrance. Toutefois, celui-ci doit s'assurer du nom du produit auprès du prescripteur en cas de doute ;
- la dose et le mode d'administration.

Certaines mentions spéciales peuvent être rendues indispensables par le type de produit : on voit volontiers pour un traitement anticoagulant (dose et rythme) « en fonction des résultats des contrôles du TP et de l'INR ».

La prescription peut être rédigée sur une ordonnance imprimée par un imprimeur ou par le médecin lui-même (beaucoup de confrères éditent maintenant leur papier à lettres sur leur ordinateur) mais elle peut également être rédigée sur papier libre, dès lors que les mentions obligatoires sont présentes : prénom et nom du médecin, adresse, téléphone, spécialité, numéro d'inscription au Conseil de l'Ordre, numéro ADELI.

À retenir

La rédaction d'une ordonnance répond à des impératifs précis et stricts, afin d'identifier de façon certaine le prescripteur, le produit et le patient, dose et durée devant, ainsi que le mode d'administration, ne poser aucune ambiguïté. La rédaction peut éventuellement être faite sur papier libre.

La prescription hors AMM est-elle autorisée ?

L'autorisation de mise sur le marché d'un médicament (AMM) est-elle une condition nécessaire et exclusive pour la prescription d'un produit ?

Nous avons tous été formés dans l'idée que seule l'obtention de l'AMM permettait la prescription d'un médicament. Cette AMM correspond à l'autorisation donnée par le ministère de la Santé pour la mise sur le marché d'une molécule reconnue efficace et non dangereuse. Pour autant, l'indication n'est pas exclusive. **Il n'est pas du tout dans notre propos de suggérer une utilisation systématique d'un produit en dehors de son cadre d'AMM**, mais simplement de rappeler que les prescriptions hors AMM ne sont pas interdites contrairement à une idée reçue, et que si la responsabilité du prescripteur est alors engageable de façon plus « resserrée », cette situation est néanmoins prévue dans les textes. Plusieurs exemples viennent à l'esprit, notamment l'usage des héparines de bas poids moléculaire dans les initiations de traitement anticoagulant dans les troubles du rythme, et les relais aux AVK chez des patients porteurs de prothèses valvulaires. D'autres produits sont bien sûr concernés par ce raisonnement.

L'absence d'AMM dans un domaine « vierge » suppose-t-elle obligatoirement l'existence d'un danger à l'utilisation d'un produit dans une indication ?

Dans la pratique, il est possible de prescrire hors AMM, cette faculté étant la conséquence du pouvoir de liberté de prescription du médecin, selon ses compétences et son domaine d'activité : « Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance » (art. L.162-2 et 162-4 du CSS), le médecin étant par ailleurs tenu « d'observer la plus stricte économie compatible avec la qualité, l'efficacité et la sécurité des soins » (art. L.162-2 du CSS).

Dans cette hypothèse, le médecin ne sera pas plus fautif en cas d'effet dommageable, dès lors qu'il aura informé et averti son patient, et surtout respecté les données acquises de la science, **point fondamental**, et la logique scientifique de sa démarche, en se rappelant que seule la triade faute-dommagement-imputabilité pourra engager sa responsabilité civile. Par ailleurs, en cas d'action pénale, le patient devra apporter la preuve de la « mise en danger de la vie d'autrui ».

Concernant ses rapports avec la Sécurité sociale, le médecin devra :

- faire figurer sur l'ordonnance la mention « non remboursable » ;
- signaler le caractère hors AMM sur l'ordonnance.

En connaissant le risque d'être traduit devant des commissions disciplinaires – nombreuses – en cas de mauvaise rédaction de l'ordonnance ou en cas d'oubli d'une des mentions, et dès lors d'être contraint de rembourser les sommes indûment versées par la Sécurité sociale...

Ainsi que plusieurs « références scientifiques » universitaires s'y sont proposées, il faut pouvoir, dans ces situations de conflit en rapport avec des contestations sur

des prescriptions hors AMM, indiquer au magistrat les usages de médecine clinique admis par la communauté scientifique, et qu'au-delà de la stricte application de la réglementation de l'AMM, laquelle n'est de toutes façons pas exclusive, l'usage scientifique admis par la communauté médicale a également un poids d'importance, au même titre que la jurisprudence fait évoluer les textes législatifs. Cette démarche pourra permettre à la réflexion d'avancer dans ce domaine. Cette attitude courageuse doit être saluée, tant dans son aspect scientifique que dans son esprit d'entraide face à un souci médical.

On constate par ailleurs que l'AMM française n'est pas omnipotente, au vu de la décision du Conseil d'État du 19 décembre 2001 : « Pour infliger la sanction de l'interdiction d'exercer la médecine pendant un mois, (...), la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins a retenu que celui-ci prescrivait à ses malades des médicaments généralement en provenance de pays étrangers, dépourvus d'autorisation de mise sur le marché, dont la composition lui était parfois inconnue, qui n'avaient jamais fait l'objet de tests expérimentaux dans le cadre de la loi du 20 décembre 1988 et dont ni l'efficacité ni l'innocuité n'avaient été établies en France. Il résulte des dispositions de l'article 39 du Code de déontologie que la juridiction disciplinaire, à qui il appartient d'apprécier souverainement le caractère suffisamment éprouvé d'un procédé ou d'un remède, doit examiner l'ensemble des données scientifiques propres à établir sa conviction. En se fondant sur ce que ni l'efficacité ni l'innocuité des médicaments prescrits par ce praticien à ses patients n'avaient été établies en France, sans rechercher quelle était l'opinion de la communauté scientifique internationale, dont des travaux étaient invoqués devant elle, la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins a, par un motif qui n'est pas surabondant, entaché sa décision d'une erreur de droit », traduisant le fait que l'absence d'AMM française n'était pas juridiquement suffisante pour condamner ce mode de prescription, dès lors que les références internationales ont une valeur comparable.

À ce titre, il est particulièrement intéressant de mentionner une décision d'une CRCI, datant de 2006, concernant un accident de grossesse intervenu chez une femme primipare de 41 ans, porteuse d'une prothèse valvulaire mitrale chez qui le cardiologue avait prescrit une HBPM et non la Calciparine® en remplacement de l'anticoagulant oral, durant la grossesse. L'accident a consisté en une thrombose de prothèse valvulaire nécessitant un nouveau remplacement valvulaire en urgence, compliqué d'avortement. Le confrère est poursuivi initialement pour prescription hors AMM, et mauvais choix du traitement héparinique tenu pour responsable des diverses complications, notamment de la perte du fœtus. L'expert sera suivi par la commission pour dégager totalement la responsabilité du collègue cardiologue, considérant que cette prescription n'était pas fautive (voir *supra*) et, qu'en outre, il ne pouvait y avoir d'imputabilité du traitement face à la fausse couche, ce d'autant qu'il fallait noter dans ce dossier un nomadisme médical de la part de la patiente, constituant une « faute de la victime » (voir fiche 63).

Cette décision est extrêmement importante pour réaffirmer clairement le droit, sous réserve de prudence, à la prescription hors AMM et le fait que ce type de prescription n'est pas *a priori* fautif ! Il faut souhaiter que cette décision constitue un pas supplémentaire vers une rationalisation de ce type de prescription et vers

la transmission au monde judiciaire de cette notion d'usage. On peut citer à titre anecdotique l'arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 2008, pour un dossier dans lequel la prescription d'un traitement pour lutter contre l'impuissance mais n'ayant pas fait l'objet d'une AMM n'avait pas été considérée comme fautive ; En revanche, l'absence d'information sur le risque de priapisme et l'attitude à avoir alors (consultation en urgence à l'hôpital) avait été retenue constituant une faute.

À retenir

La prescription hors AMM n'est pas interdite, contrairement à une idée reçue. Elle doit cependant, encore plus que pour les autres prescriptions, s'attacher strictement à la notion de données acquises de la science et d'information du patient, la faute restant le maître mot du risque d'implication de la responsabilité professionnelle.

Pour en savoir plus

Claudot F, Juillièrre Y. Prescription hors AMM : la responsabilité du cardiologue. Consensus Cardiol 15 janvier 2006 : 22–4.

En cas d'erreur dans la rédaction de l'ordonnance, qui est responsable, médecin ou pharmacien ?

Il est de la responsabilité pénale du pharmacien de veiller au contenu de l'ordonnance du médecin. En cas de rédaction manuscrite mal lisible, la responsabilité du médecin est engageable pour ne pas avoir apporté assez de soins à son acte, mais la responsabilité du pharmacien l'est également pour avoir manqué de vigilance. Les règles de rédaction d'ordonnance sont connues de tous et concernent, au-delà de l'aspect purement médical, le soin matériel qui doit être apporté, avec mention parfaitement lisible de la date, du nom et du prénom, de l'indication précise et incontestable du nom du médicament, en majuscules d'imprimerie (!), du mode d'administration, de la posologie et de la durée de prescription.

Un pharmacien peut refuser d'exécuter une prescription, soit qu'il ait un doute sur la rédaction, soit qu'il estime cette prescription dangereuse. Il devra alors contacter directement le prescripteur et rediscuter avec lui des modalités de l'ordonnance, sa responsabilité pénale pouvant être engagée en cas d'accident lié à l'exécution d'une prescription médicale dangereuse.

Enfin, le droit de refus de délivrance peut s'exercer en cas de prescription hors AMM (voir fiche 88) et en cas de prescription de préparations magistrales à visée amaigrissante en infraction avec la législation¹.

Citons quelques exemples jurisprudentiels face à cette responsabilité conjointe médecin/pharmacien :

- « Si les dispositions alors en vigueur de l'article R.5015-45 du Code de la santé publique imposaient aux pharmaciens de ne pas modifier une prescription médicale sauf accord exprès et préalable de son auteur, cette règle ne pouvait toutefois ni dispenser un pharmacien de rechercher un tel accord lorsque la prescription qu'il lui était demandé d'exécuter présentait manifestement un caractère dangereux ni l'exonérer de sa responsabilité lorsque cet accord n'était pas obtenu. Un pharmacien a délivré au même assuré social, en exécution de six ordonnances établies par deux médecins, des doses très importantes de plusieurs médicaments psychotropes. Le pharmacien a pris contact à plusieurs reprises avec le médecin traitant et son remplaçant, qui lui ont indiqué que leur prescription était justifiée par de très lourdes pathologies dont le patient était atteint et par la circonstance qu'il faisait l'objet d'un suivi médical quotidien. Au vu de ces explications données par les médecins, le pharmacien a délivré les médicaments prescrits dans l'intérêt du patient. Ces faits ne sont pas contraires

¹ Le décret 82-200 d'application de la loi de 1980 dite loi Talon interdit l'adjonction dans les préparations magistrales à destination amaigrissante de substance anorexigènes, diurétiques, thyroéotropes et amphétaminiques.

à l'honneur professionnel et ne sont pas exclus du bénéfice de l'amnistie prévue par la loi du 3 août 1995 » (CE, 5^e et 7^e s.-sect., 12 mai 2003, Des Moutis, Gaz. Pal., Rec. 2004, Somm. p. 1363, J. n° 80, 20 mars 2004) ;

- « Si les dispositions de l'article R.5015-45 du Code de la santé publique enjoignent aux pharmaciens de ne pas modifier une prescription médicale sauf accord exprès et préalable de son auteur, cette règle ne saurait dispenser un pharmacien de rechercher un tel accord lorsque la prescription qu'il lui est demandé d'exécuter présente manifestement un caractère dangereux ni l'exonérer de sa responsabilité lorsque cet accord n'est pas obtenu. En ayant délivré des produits dans des conditions contraires à ce principe, un pharmacien a commis une faute contraire à l'honneur, exclue du bénéfice de l'amnistie instituée par la loi d'amnistie du 3 août 1995, et justifiant la sanction de l'interdiction de servir des prestations aux assurés sociaux pendant quinze jours » (CE 5^e et 7^e s.-sect., 27 juillet 2001, Bonnard, Gaz. Pal., Rec. 2002, Somm. p. 1196, J. n° 192, 11 juillet 2002, p. 35).

Enfin, citons un arrêt de la cour d'appel de Paris datant de 1990 qui fixe les responsabilités relatives en rappelant la charge de contrôle attentif de chacun : « Le médecin prescripteur ayant ajouté en bas d'une ordonnance les mots " quinze jours ", décalés dans la marge par rapport au texte de l'ordonnance, a commis une maladresse ou une négligence, qui a contribué au dommage et engage sa responsabilité contractuelle. Pour retenir la responsabilité d'une pharmacienne, les premiers juges énoncent, à bon droit, que le pharmacien a l'obligation de contrôler techniquement la prescription médicale qu'il exécute et la posologie. En cas d'anomalie ou de doute sur la rectitude de l'une ou l'autre, il doit avertir le médecin et refuser la délivrance du médicament, à défaut de confirmation de la prescription par le médecin. Ainsi, une pharmacienne ne pouvait s'affranchir de son obligation de contrôle sur la foi des déclarations de la patiente, lesquelles étaient totalement dépourvues de valeur, quelle qu'en fût la vigueur. Une infirmière étant informée de la posologie usuelle du produit par les boîtes et par la notice d'emploi du médicament, il n'a pu lui échapper, dans ces conditions, que la multiplication des injections emportait un dépassement considérable de la posologie usuelle. En se satisfaisant des déclarations de la patiente pour interpréter une ordonnance dont la rédaction était ambiguë, et en s'abstenant de faire confirmer la prescription par le médecin, l'infirmière a commis une faute de négligence, de nature à caractériser un manquement à son obligation contractuelle de soins. Dans les rapports des responsables entre eux, il convient de partager la responsabilité, en laissant à la charge de la pharmacienne une part prépondérante, évaluée par la cour à 70 %, tandis que celle du médecin doit être fixée à 20 % et celle de l'infirmière à 10 % » (CA Paris, 1^{re} Ch. B, 6 avril 1990, Dr P. c./Dos Santos et autres).

À retenir

La responsabilité pénale du pharmacien est mise en jeu en cas d'accident survenu après délivrance d'une prescription dangereuse ou inadaptée, ou de préparations magistrales dangereuses (mise en danger de la vie d'autrui). Elle peut également être engagée en cas de mauvaise lecture de la prescription, *a fortiori* si elle est illisible. La responsabilité du médecin est alors également engageable.

Peut-on refuser d'être le médecin « référent » ?

Il n'y a pas d'obligation à accepter d'être le médecin traitant « déclaré » d'un patient.

Cette situation administrative a été créée par l'article L.162-5-3 modifié par la loi 2005-1579 du 19 décembre 2005, article 37-III, parue au *Journal officiel de la République française* le 20 décembre 2005, fixant les rapports entre les patients et leurs médecins :

- « Afin de favoriser la coordination des soins, **tout assuré** ou ayant droit âgé de seize ans ou plus **indique à son organisme gestionnaire de régime de base d'assurance maladie le nom du médecin traitant qu'il a choisi, avec l'accord de celui-ci.** Le choix du médecin traitant suppose, pour les ayants droit mineurs, l'accord de l'un au moins des deux parents ou du titulaire de l'autorité parentale. **Le médecin traitant choisi peut être un généraliste ou un spécialiste.** Il peut être un médecin hospitalier.
- Le médecin traitant peut être un médecin salarié d'un centre de santé mentionné à l'article L.6323-1 du Code de la santé publique ou d'un établissement ou service visé à l'article L.312-1 du Code de l'action sociale et des familles. Les médecins exerçant dans le cadre de la même spécialité au sein d'un cabinet médical situé dans les mêmes locaux ou dans un centre de santé mentionné à l'article L.6323-1 du Code de la santé publique peuvent être conjointement désignés médecins traitants. Un arrêté fixe les missions du médecin traitant quand celui-ci est un médecin salarié.
- Le médecin traitant participe à la mise en place et à la gestion du dossier médical personnel prévu à l'article L.161-36-1 du présent code.
- Dans le cas où l'assuré désigne un médecin traitant autre que son médecin référent, ce dernier, pour ce qui concerne cet assuré, perd les avantages relatifs à l'adhésion à cette option conventionnelle. L'assuré perd également ces avantages.
- La participation prévue au I de l'article L.322-2 peut être majorée pour les assurés et les ayants droit n'ayant pas choisi de médecin traitant ou consultant un autre médecin sans prescription de leur médecin traitant. Un décret fixe les cas dans lesquels cette majoration n'est pas appliquée, notamment lorsqu'est mis en œuvre un protocole de soins.
- Les dispositions prévues à l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque la consultation se fait en cas d'urgence auprès d'un autre médecin que celui désigné à l'organisme gestionnaire du régime de base d'assurance maladie, ou lorsque la consultation se fait en dehors du lieu où réside de façon stable et durable l'assuré social ou l'ayant droit âgé de seize ans ou plus. »

Cette situation du médecin « référent » a pour but de limiter le nomadisme des patients en faisant contrôler par le médecin « référent » les divers contacts du patient avec le corps médical.

On peut s'interroger, en termes simplement comptables, sur l'économie réalisée à « obliger » un patient à dépenser d'abord une consultation de généraliste avant de dépenser une consultation de spécialiste, ces actes étant remboursés par la Sécurité sociale, donc les impôts de tout un chacun...

La déclaration par laquelle un praticien devient le médecin traitant déclaré d'un patient est faite par le biais d'un formulaire édité par les caisses de Sécurité sociale, et signé tant par le patient que par le médecin, qui accepte cette charge.

Cette charge est habituellement dévolue au médecin généraliste, praticien le plus souvent consulté par les patients la plupart du temps. Toutefois, il n'est pas rare que des patients suivis exclusivement par un spécialiste et ne consultant par ailleurs qu'exceptionnellement un médecin généraliste demandent à ce spécialiste (diabétologue, dermatologue, gynécologue ou cardiologue) de devenir leur médecin « référent ». Cette charge est rémunérée par la Sécurité sociale à hauteur symbolique.

À retenir

Le statut de médecin référent est soumis à acceptation de la part du médecin sollicité. Même si le choix du généraliste est le cas le plus courant, ce choix pourra être logique dans les cas évoqués ci-dessus (diabétologue, dermatologue, gynécologue).

Comment rédiger un certificat de non-contre-indication au sport ?

Cet écrit engage d'autant plus son auteur qu'il était qualifié pour répondre à cette demande (voir loi Fauchon). On pardonnera *a priori* moins une erreur à un cardiologue ou à un médecin du sport qu'à un médecin non spécialisé dans un de ces domaines (erreur fautive de jugement). On pourra cependant également mal pardonner à un médecin non spécifiquement qualifié d'avoir répondu à cette demande et d'avoir de ce fait engagé sa responsabilité dans un domaine qu'il ne maîtrisait pas (insuffisance de moyens).

Ce type de certificat doit nécessairement préciser le type de sport et ses modalités (avec ou sans bouteille pour la plongée, degré « un », « deux » ou « trois » pour cette même plongée, compétition ou pas compétition pour les autres sports, etc.). Pas de certificat du style : « certifie qu'il peut pratiquer un sport ». Le certificat doit être une attestation de « non-contre-indication à... ». Il doit être daté, signé, et ne doit être rédigé qu'après avoir effectivement examiné le patient, même pour les gens que l'on connaît, avec un bilan clinique et si besoin paraclinique suffisant. Le certificat sera remis en main propre au patient qui l'a sollicité, mais surtout pas à la fédération ou au club sportif (violation du secret, art. 226-13 du CP).

Le moindre souffle systolique douteux doit donner lieu à une échocardiographie, surtout en cas de demande de certificat pour la compétition, et les demandes de test d'effort doivent être également d'indications larges, toujours précédées là aussi d'une échocardiographie (art. 32 du CDM) : « 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.** »

Pour certains sports, il est exigé d'être « médecin agréé par la fédération nationale » de ce sport (notamment pour la plongée au-delà des certificats concernant le degré « un »), cette mention devant alors être précisée sur le certificat.

Le certificat médical doit être adapté au sport et une demande concernant la plongée devra s'accompagner d'un examen ORL.

Il ne faut pas hésiter à établir un certificat « contre-indiquant au moins temporairement le sport envisagé, jusqu'à aboutissement des explorations en cours ». En cas de réserve ou de contre-indication, l'information du malade est importante :

- à transmettre ;
- et à pouvoir prouver.

L'existence d'antécédent familial ou *a fortiori* personnel de malaise ou de lipothymie, ou de trouble du rythme, *a fortiori* de mort subite, devra impérativement déclencher le mécanisme de la recherche d'un trouble du rythme et d'une cardiopathie.

À retenir

La rédaction d'un certificat de non-contre-indication au sport n'est pas un acte banal, il engage notre responsabilité et ne doit se concevoir qu'après un minimum de contrôles et, au moindre doute, l'avis d'un confrère spécialisé.

Peut-on rédiger un certificat sans examiner un malade ?

« Je soussigné, docteur X, certifie avoir examiné ce jour monsieur Y et constaté... »

Il faut donc connaître le patient et l'avoir examiné le jour où l'on rédige ce certificat.

La responsabilité civile, pénale et disciplinaire du médecin peut être engagée en cas de non-respect de cette règle de base :

- pénale, car on a rédigé un faux certificat ;
- civile, car si on n'a pas examiné le patient et qu'il présente une pathologie que l'on n'aura (par la force des choses !) pas constatée, on pourra autoriser un sport chez un patient « dont l'état de santé ne contre-indique pas... » mais dont l'accident éventuellement fatal risquera de poser quelques problèmes ultérieurs, ou encore « constater » la maladie d'un enfant nécessitant que l'un des parents reste à ses côtés, alors que le cher enfant va très bien, etc. ;
- disciplinaire, car évidemment le Conseil de l'Ordre pourra être saisi et n'appréciera sans doute pas les libertés ainsi prises avec la morale, l'éthique et les règles professionnelles (notamment l'article 28 du Code de déontologie médicale : « La délivrance d'un certificat de complaisance ou d'un rapport tendancieux est interdite. »).

À retenir

Il est aussi interdit que dangereux, pour le malade et pour le médecin, de faire des certificats de complaisance concernant des patients que l'on n'a pas examinés !

Comment rédiger un certificat de décès ?

Les mentions impératives sont les suivantes :

- nom de la commune ;
- nom du défunt, prénom ;
- date de naissance et adresse ;
- certification de ce que le décès paraît « réel et constant » le jour et l'heure ;
- attestation de ce que le décès paraît relever d'une mort naturelle ;
- éventuelle mention d'un obstacle de nature infectieuse, judiciaire (doute sur la cause du décès), obligation de mise en bière immédiate, mention de la présence d'un pace maker interdisant la crémation, obstacle au don du corps, ou d'un doute à un éventuel obstacle ;
- nom du médecin signataire, signature et tampon.

Cette partie du certificat est en trois exemplaires (mairie du lieu de décès, mairie de la chambre funéraire, services funéraires).

La deuxième partie inférieure du certificat est anonyme : elle comporte la définition de la nature de l'état morbide ayant abouti au décès, des autres états morbides connexes.

À retenir

L'importance de ce certificat est grande, comme pour tous les certificats rédigés par un médecin. Il engage sa responsabilité professionnelle.

Pour en savoir plus

Paysan F. Le certificat de décès. CHU Rennes, 14 sept 1998.

Qu'entend-on par « responsabilité conjointe de l'établissement » ?

Contexte

Un dossier lourd à tous points de vue illustre parfaitement cette question.

Un obstétricien, consultant à son cabinet ce jour-là mais d'astreinte à partir de 18 h ou 20 h (?) à la clinique, ne répond pas favorablement à la sage-femme qui l'appelle pour sa parturiente, en travail, et qui pose un problème. Il considère que le collègue présent et de garde dans l'établissement un étage plus haut que la salle de travail peut aller voir sa patiente et prendre toutes dispositions. Le premier estime ne devoir prendre sa garde qu'à 20 heures, le deuxième estime que le premier doit être présent dès 18 heures. Le tableau de garde de la clinique n'est pas clair, et l'ambiguïté s'engouffre dans cette fin d'après-midi, qui évolue, on l'a compris, vers un drame, avec l'extraction à 19 h 50 par le praticien finalement venu de son cabinet d'un enfant atteint de très lourdes séquelles en rapport avec une encéphalopathie anoxique.

Procédure initiale

Le premier a été condamné en première instance et en appel pour négligence grave et manquement aux devoirs de sa profession (50 %). Le deuxième a également été condamné, la cour d'appel estimant qu'il avait la possibilité d'intervenir à temps et que « la légèreté dont il avait fait preuve en pareille situation et les manquements graves aux devoirs de médecins qu'il avait commis avaient participé à la réalisation du dommage » (30 %).

La clinique a été condamnée à raison de 20 % du dommage pour mauvaise organisation, « le manque de rigueur dans l'organisation des gardes avait autorisé chacun des médecins en cause à considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir et avait conduit à une vacance totale de la permanence pendant une durée d'une heure et demi au moins ».

Pourvoi

Un pourvoi est introduit par la clinique au motif d'une violation de l'article 455 du Code de procédure civile : « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif. »

La Cour de cassation, par un arrêt rendu le 13 novembre 2008 par sa première chambre civile, estimera que, « en vertu du contrat d'hospitalisation et de

soins le liant à son patient, un établissement de santé privé est tenu de lui procurer des soins qualifiés ; que la cour d'appel a constaté que les dispositions du règlement intérieur étaient insuffisamment contraignantes et trop imprécises quant aux horaires, pour que soit garantie aux malades la continuité des soins. Que ce manque de rigueur (...) a permis à chacun des médecins en cause de considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir et avait conduit à une vacance totale de la permanence pendant une durée d'une heure et demi au moins, qu'elle a pu (...) considérer que la clinique avait commis dans son organisation une faute, qui avait contribué au dommage ; qu'ensuite la circonstance que les deux médecins exercent à titre libéral et engagent leur seule responsabilité au titre du contrat de soins n'était pas de nature à exonérer l'établissement de santé privé de sa responsabilité née de cette faute (...). Par ces motifs, rejette le pourvoi ».

Quelques commentaires sur cet arrêt fondamental

Le pourvoi est donc engagé par la clinique qui souhaite se dégager de cette responsabilité de participation au dommage en rapport avec la mauvaise organisation du tableau de garde au motif notamment que les praticiens exercent à titre libéral « et engagent leur seule responsabilité au titre du contrat de soins ». La Cour suprême n'exonère en rien les praticiens, validant en substance la décision de la cour d'appel, qui apparaît fondée et motivée. Mais elle retient comme fondamentale la responsabilité de l'établissement de soins à devoir « procurer des soins qualifiés » et constate « que les dispositions du règlement intérieur étaient insuffisamment contraignantes et trop imprécises quant aux horaires, pour que soit garantie aux malades la continuité des soins. Que ce manque de rigueur (...) a permis à chacun des médecins en cause de considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir et avait conduit à une vacance totale de la permanence ».

La Cour suprême considère donc :

- que cette notion n'est en rien contradictoire avec la responsabilité conjointe des deux praticiens (première branche du moyen invoqué) dans leur absence de concertation ;
- que, par ailleurs, certes la clinique imposait l'établissement d'une liste de garde à ses praticiens, ne pouvant avoir sur eux de « pouvoir de direction » et remplissait ainsi son obligation de moyens (deuxième branche du moyen) ;
- mais qu'enfin l'absence de dispositions contraignantes n'est pas la cause du trouble mais que en revanche l'absence de clarté l'est bien (troisième branche du moyen invoqué).

Le rappel par cet arrêt de la responsabilité d'organisation intérieure de l'établissement de soins permet non pas de passer outre les manquements des deux praticiens, mais d'acter de ce que leur faute comportementale incontestable tirait son origine d'une imprécision qui permettait une interprétation ambiguë.

Par ailleurs, il faut savoir que le premier praticien a été condamné par la juridiction disciplinaire en première instance (régional) et en appel (national) à une peine d'interdiction temporaire d'exercice et, sauf erreur, le deuxième également.

À retenir

La responsabilité de l'établissement de soins est notamment liée aux questions d'« organisation du service », et cet arrêt marquant, s'inscrivant dans un contexte dramatique, rappelle que le caractère libéral de l'exercice d'un praticien au sein de cette structure ne le dispense pas de la rigueur, par exemple ici dans le cadre de l'organisation d'une liste de garde, celle-ci se devant d'être « lisible ».

En cas de chute d'une table d'examen, la responsabilité du médecin est-elle engagée ?

La chute de la table d'examen ou la chute en montant sur la table ou en descendant peut faire sourire mais pose un réel problème. Le médecin est responsable de ce qui se passe dans son bureau et doit veiller au confort et à la sécurité de son patient. Si le mouvement qui entraîne la chute était totalement imprévisible, le médecin est dégagé de toute responsabilité. Encore faudra-t-il le prouver. Mais s'il y avait lieu de s'attendre à une réaction de la part du patient étant sur la table d'examen, du fait du comportement général du patient ou de l'acte qui allait se dérouler, pouvant être jugé traumatisant ou inquiétant, le médecin se verra incontestablement reprocher de ne pas avoir anticipé cette réaction – fût-elle exagérée – et, de ce fait, se verra inquiété des conséquences de cette chute.

Le raisonnement sera de même ordre concernant une chute en montant sur le divan d'examen. Si la hauteur d'assise est variable, la chose est simplifiée. Mais la sûreté veut que le médecin veille à ce que tout mouvement de la part de son patient se passe en parfaite sécurité. On ne peut donc que conseiller vivement d'une part l'utilisation d'un marchepied adapté, d'autre part le fait de proposer à son patient de l'aider et d'être à proximité immédiate en tous cas.

« **La chute dont a été victime une patiente** en glissant dans une flaque d'urine qui s'était formée sur le sol au cours de l'urographie intraveineuse à laquelle elle venait d'être soumise, alors qu'elle descendait de la table sur laquelle elle était couchée pendant l'examen, **est imputable à une faute de service du personnel** du centre hospitalier régional **de nature à engager la responsabilité de celui-ci, l'aide qui était nécessaire** à l'intéressée eu égard notamment à son âge et à sa corpulence **ne lui ayant pas été fournie** pendant cette opération » (CE 3^e et 5^e s.-sect., 30 mai 1986).

À retenir

Le personnel paramédical et le médecin doivent assurer la sécurité des patient, y compris lors des transferts vers ou depuis une table d'examen. La responsabilité sera donc engagée en cas de manquement, sauf en cas de comportement anormal du patient, amenant à la notion de faute de la victime.

En cas de rupture du divan d'examen sous le poids du patient, la responsabilité du médecin est-elle engagée ?

Le Code civil prévoit explicitement que la responsabilité civile concerne non seulement « le dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore [de] celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre **ou des choses qu'on a sous sa garde** » (article 1384 CC).

La notion de garde s'entend en pratique pour quelque chose dont on se sert, que l'on utilise ou qui simplement vous appartient. On aura donc sous sa garde une voiture, un appartement, un bateau, et si la voiture explose dans le parking, le robinet de la cuisine fuit ou le bateau abîme un autre bateau à la suite d'un mauvais amarrage, tous ces « éléments » étant sous la garde d'un individu, celui-ci sera responsable des dommages occasionnés.

De la même façon, le médecin sera responsable de son divan d'examen, face à une vétusté notamment.

Cette position peut malgré tout raisonnablement être remise en question au cas où le poids du patient dépasse les « normes » usuelles.

Mais, étant donné que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » (art. 1315 CC), l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1999 apporte les précisions suivantes dans le domaine : « S'il est exact que **le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier**, sans préjudice de son recours en garantie, **une obligation de sécurité** de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, **encore faut-il que le patient démontre qu'ils sont à l'origine de son dommage**. Ayant constaté que la table d'examen, dont la patiente avait pris l'initiative de descendre sans l'autorisation du médecin, ne présentait aucune anomalie, c'est par une appréciation souveraine tirée de ces constatations que la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a retenu que ce matériel n'était pas à l'origine du dommage subi par cette dernière, à la suite de sa chute. Dans l'accomplissement de l'examen radiographique lui-même, le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyens. À cet égard, les juges du fond ont constaté que l'intéressée ne présentait aucune particularité et n'était sous l'influence d'aucun produit ayant pu affaiblir ses capacités physiques ou de discernement qui auraient nécessité de la part du médecin une vigilance particulière. Enfin, ils ont relevé que l'état du sol n'était pas en cause. La cour d'appel a pu en déduire que l'accident, imputable à la seule initiative de la patiente, n'engageait pas la responsabilité de son médecin » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 9 novembre 1999).

À retenir

La responsabilité du fait des choses est engageable si le divan est défaillant, puisqu'on l'a « sous sa garde ». Encore faut-il que le poids du patient ou son comportement ne soient pas à l'origine de cette défaillance, le médecin ayant toujours la possibilité d'envisager d'exercer un recours contre le constructeur.

Quelle est la responsabilité du médecin salarié d'une clinique ?

On doit distinguer trois époques dans cette évaluation :

- **jusqu'en 1991**, il existe plusieurs contrats : patient-praticien, patient-clinique ;
- **le 4 juin 1991**, un arrêt de la Cour de cassation (arrêt Boksenbaum) stipule : « Le contrat de soin est conclu entre la clinique et le patient ». Le médecin salarié bénéficie d'une immunité civile. Le médecin qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient. Le contrat médical étant considéré comme conclu entre la clinique et le patient, l'établissement privé est responsable du fait du médecin salarié sauf en cas de gestes commis en dehors de la mission qui a été confiée au médecin salarié par l'établissement privé de soins ou en cas d'infraction pénale intentionnelle (C. Manaouil, Traullé E) ;
- **depuis le 9 novembre 2004**, le médecin **salarié** qui agit sans excéder les limites de sa mission n'engage pas sa responsabilité mais celle de son employeur, cette décision étant confirmée par une décision du 13 décembre 2005 de la première chambre civile de la Cour de cassation confirme la tendance d'une poursuite du courant jurisprudentiel exonérant de sa responsabilité le salarié qui cause dommage à un tiers.

Cette dernière notion est particulièrement intéressante si on rapproche ce statut de la position des juridictions administratives concernant l'exercice hospitalier. En effet, la responsabilité du praticien à l'hôpital est subordonnée à la mise en évidence d'une faute détachable, correspondant notamment au dépassement de la mission de soins, mais en dehors de ces situations, c'est l'hôpital qui est tenu pour responsable des fautes commises par son salarié.

À retenir

On doit distinguer trois époques dans la responsabilité professionnelle du médecin salarié d'une clinique. Depuis 2004, seule la clinique sera inquiétée, sauf en cas de dépassement de la mission par le praticien.

Pour en savoir plus

Manaouil C, Traullé E. Les fluctuations en matière de responsabilité civile du médecin salarié. Médecine et Droit 2006 ; 81 : 151-8.

La responsabilité du médecin autorisant la conduite automobile d'un patient peut-elle être engagée ?

La réglementation actuelle ne prévoit pas de contrôle médical de l'aptitude physique à conduire une voiture (permis B), même si cette éventualité a été à plusieurs reprises envisagée. Il existe en revanche un contrôle médical concernant les chauffeurs de poids lourds et les taxis, ainsi que les chauffeurs d'ambulance. Il n'existe donc aucun moyen pour le médecin de contraindre d'une quelconque manière son patient à ne pas conduire, dès lors qu'il n'appartient pas à l'une des catégories ci-dessus. En pratique, même s'il n'est pas d'accord, il ne peut rien faire lui-même. En revanche, la notion d'information du risque doit être formalisée, en présence si possible d'un membre de la famille venu accompagner le patient à sa consultation. Une telle information en présence de ce tiers familial ne constitue en rien une violation du secret puisque le patient a laissé entrer l'accompagnant dans le bureau du médecin. C'est sur une carence de l'obligation d'information que pourrait porter un éventuel litige ou une éventuelle contestation de la prise en charge médicale de cette question et un éventuel engagement de responsabilité du médecin au nom d'une carence fautive dans l'obligation d'information d'un risque. La loi du 4 mars 2002 dispose en effet dans son article 11 que tout patient a le droit d'être informé de son état de santé et des traitements qui lui sont proposés. Il faut rappeler ici la question de la preuve de l'information. Il est donc conseillé de noter précisément dans le dossier tous les éléments de la discussion avec le patient et son éventuel accompagnant concernant ce risque de conduite automobile. Il sera sans doute utile de compléter cette mention dans le dossier d'un courrier au médecin traitant et éventuellement d'un courrier au patient lui-même lui rappelant les termes de l'entretien.

De même, **la rédaction d'un certificat autorisant la conduite est soumise à discussion**. Le certificat médical n'est une obligation rédactionnelle que dans des cas précis : le Code de la santé publique dispose que le médecin doit rédiger des certificats médicaux demandés par son patient conformément aux constatations médicales auxquelles il aura pu procéder, cette disposition n'étant contraignante que relativement aux certificats, attestations et documents prescrits par les textes législatifs (déclaration de naissance et de décès, accidents de travail et maladies professionnelles, voir fiche 23). Autrement dit, il n'y a pas d'obligation rédactionnelle concernant les autres situations (art. R.4127-76 du CSP). Même si le médecin doit faciliter l'obtention de droits légitimes pour son patient, la délivrance de certificats tendancieux ou faux est

interdite (art. R.4127-50 et R.4128 du CSP). L'arrêté du 7 mai 1997 fixe les incapacités physiques à la conduite automobile. Il y a donc lieu de s'y reporter, notamment concernant la prise de certains psychotropes, afin de pouvoir rédiger ces certificats en bornant son chemin de solides et incontestables références.

En dehors de la prise de traitements psychotropes, il existe des **pathologies d'endormissement** comme la narcolepsie ou, infiniment plus fréquents, des syncopes vasovagales ou le syndrome d'apnée du sommeil. Ce tableau, présent chez 5 % des conducteurs, est méconnu dans 80 % des cas et multiplierait les risques d'accidents par 2 à 4. L'endormissement au volant peut également être lié à une absorption excessive d'alcool, l'excès étant maintenant très rapidement atteint, au vu de la réglementation actuelle sur l'alcoolémie au volant (au maximum : 0,50 g/L). Par ailleurs, des **pathologies cardiovasculaires** telles que des troubles du rythme cardiaque ou une cardiopathie ischémique non stabilisée constituent des situations à risque dans lesquelles la plus grande circonspection doit être observée dans les conseils et l'information qui sera donnée au patient et à son entourage.

Au-delà des pathologies organiques, il faut également tenir compte des limitations liées à l'apparition progressive – pour ne pas dire insidieuse – de handicaps liés à l'âge et à une moindre habileté physique. Ainsi une propension à l'assoupissement postprandial, ou simplement à un défaut de concentration entraînant une incertitude sur la qualité de la gestion qui sera faite d'un événement imprévu survenant au volant devra inciter à faire prendre conscience au patient qu'il n'est pas raisonnable de continuer à conduire sa voiture. Un avis spécialisé auprès d'organismes spécialisés pourra être contributif.

On citera pour être complet ce texte de France 2 du 9 décembre 2008 : « Comment dissuader les automobilistes inaptes à la conduite ? C'est un sujet particulièrement délicat à aborder pour les médecins qui, selon une enquête récente de l'Automobile-Club de France, sont 67 % à affirmer suivre des patients qui conduisent malgré des contre-indications. Contraindre les patients à y renoncer, voire les dénoncer est une attitude impensable pour les médecins, parce qu'elle contreviendrait au secret médical et qu'elle serait sans doute contreproductive. " Si on avait le droit de signaler les personnes qui prennent le volant alors que c'est contre-indiqué, certains patients dissimuleraient leur état de santé ", analyse le docteur André Deseur, vice-président de la section exercice professionnel au Conseil national de l'Ordre des médecins. Cependant, la question de l'incapacité médicale à la conduite ne doit pour autant pas être éludée. L'Ordre réfléchit aujourd'hui à un dispositif qui reposerait sur un système déclaratif. Il s'agirait pour le conducteur de remplir régulièrement un formulaire médical qu'il adresserait à son médecin. Au vu des réponses, celui-ci prendrait alors la décision d'envoyer le patient vers une commission médicale de la préfecture qui aurait pour tâche de se prononcer sur l'aptitude ou non à la conduite. " Le secret médical serait ainsi protégé ", assure André Deseur » (France 2, mardi 9 décembre 2008, www.france2.fr).

À retenir

Il n'y a pas de possibilité pratique d'interdire à un patient de conduire. Tout juste peut-on l'informer le plus clairement possible des risques qu'il court et surtout qu'il fait courir à autrui en continuant à conduire, cette information étant au mieux donnée en présence d'un membre de la famille venu accompagner son parent. L'avis qui sera donné par le médecin devra tenir compte de la pathologie présentée, et des traitements prescrits. On pourra s'aider des éléments contenus dans l'arrêt du 7 mai 1997 concernant les incapacités physiques à la conduite automobile.

Pour en savoir plus

Hagege A. Conduite automobile et cardiopathie. Consensus Cardiol 2005 ; 11 : 18–9.

Laine S. Aptitude à la conduite automobile. Responsabilité 2005 ; 5 (18) : 23–4.

Masa JF, Rubio M, Findley LJ *et al.* Habitually sleeping drivers have a high frequency of automobile crashes associated with respiratory disorders during sleep. Am J Respir Crit Care Med 2000 ; 162 : 1407–12.

Ostrom M, Eriksson A. Natural death while driving. J Forensic Sci 1987 ; 32 (4) : 988–98.

Comment rédiger une attestation pour un patient dans un climat judiciaire ?

La rédaction de ce type de déclaration est une chose qui peut sembler banale mais qui peut avoir de lourdes conséquences pour les personnes mentionnées dans le certificat et pour le médecin rédacteur.

Il s'agira en fait d'une « attestation » dans laquelle, après identification précise et mention de la profession médicale du rédacteur, seront décrits les faits, **sans aucune interprétation**. Sur l'identité du demandeur, prudence : si on le connaît, on déclare bien le connaître et rédiger l'attestation à sa demande, en la lui remettant « en main propre », mention qui doit être indiquée clairement sur le certificat lui-même, constatant que... (description des constatations médicales faites). Sinon, l'attestation devra mentionner la formule « se présentant sous le nom de... », « déclarant résider à... », etc. Tout ce qu'on peut voir, on le décrit, succinctement, « sobrement », sans commentaire, mais tout ce qu'on n'a pas vu, tout ce à quoi on n'a pas assisté, etc., sera *a priori* sujet à caution et devra impérativement être précédé de la mention « m'a déclaré que... », « prétendant se nommer... »... Il ne faut citer personne comme responsable des traces de coups constatées ou du comportement agité de quelqu'un, n'incriminer personne vis-à-vis des constatations qui sont faites ou des plaintes qui sont formulées par le demandeur de l'attestation, concernant un harcèlement, des violences ou tout autre acte qui serait allégué au cours de la consultation.

Les certificats sont en effet volontiers demandés sur des dossiers de divorce, ou de coups et blessures, ou de harcèlement.

Les écueils entre lesquels devra naviguer le médecin seront la violation du secret (art. 226-13 CP), une « non-assistance morale », l'immixtion dans les affaires de famille (art. 51 CDM), la dénonciation calomnieuse (art. 226-10 CP). Pas toujours très simple !

Un souvenir personnel datant d'une douzaine d'années concerne un patient coronarien traité par bêtabloqueur, venu demander un certificat médical car il était poursuivi par son ex-belle-fille pour attouchements et exhibitionnisme « flatteur » à l'encontre de son petit-fils de quatre ans, enfant de ladite ex-belle-fille. Le patient avait déclaré en consultation six mois avant souffrir de troubles érectiles sérieux qui le gênaient et cette mention était effectivement portée dans le dossier. Le certificat a donc comporté le fait « que M. X était suivi régulièrement au cabinet, qu'il prenait des bêtabloqueurs (nom, dosage et posologie, date de début), que ce traitement avait été prescrit pour la dernière fois en date du... et que le patient avait déclaré à... (telle époque) souffrir de troubles érectiles », ajoutant comme toujours dans ce type de situation que « cette attestation (était) rédigée à la demande de l'intéressé et remise en main propre ». Il n'était bien sûr pas question de mentionner « qu'il avait des troubles érectiles » ! Cette attestation avait été remise directement au patient, rédigée sans autre détail, sans commentaire, sans

prendre partie d'une quelconque manière... et sans finalement jamais avoir le fin mot de l'histoire. Qui a menti ? Qui a voulu manipuler qui ? Le patient a-t-il pensé manipuler son médecin pour se sortir d'une histoire monstrueuse, ou la belle-fille a-t-elle pensé manipuler son ex-beau-père pour une sordide histoire de droit de garde dans le cadre du divorce ? Mystère ! En tous cas, extrême prudence dans ce genre de circonstances.

Un autre dossier concerne cette fois une histoire de harcèlement au travail et une demande d'attestation mentionnant que les palpitations avaient pour origine le stress perçu au travail. Là aussi, très grande prudence, dans les descriptions, dans la rédaction, les transcriptions de propos, de récits, d'incidents auxquels on n'a pas assisté et qui sont racontés par le patient, l'avis médical donné sur les origines du trouble allégué (troubles du sommeil, nervosité, palpitations, etc.), aucune notion d'imputabilité ne devant apparaître dans cette déclaration. La formule « m'a déclaré que... » doit être utilisée *larga manu* dès que les constatations directes ne sont pas réalisées par le rédacteur de l'attestation.

Pour conclure, il faut rappeler que ce genre d'attestation doit être manuscrite, datée, signée, suivie de la mention : « Je sais que la présente attestation est destinée à être produite en justice et que toute fausse déclaration m'exposerait aux peines prévues par le Code pénal », accompagnée de la photocopie de la carte d'identité recto-verso, et conclue par la mention : « Cette attestation est rédigée à la demande de M. X ou Mme Y et lui est remis en main propre le... ».

À retenir

Rédiger une telle attestation est un acte grave qui peut lourdement engager la responsabilité du médecin en cas de « faux pas ». On n'atteste que de ce qu'on peut attester, c'est-à-dire ce qu'on constate soi-même, directement. On ne doit se laisser aller à aucune interprétation, supposition **ou même certitude**. Les faits, rien que les faits. Prudence également vis-à-vis de l'identité du demandeur, si on ne le connaît pas déjà bien.

Qu'est-ce que la responsabilité sans faute ?

Notion très particulière, à propos de laquelle le doyen Vedel exprimera que « la notion de responsabilité sans faute est en elle-même purement négative. Il faudrait expliquer quand et pourquoi une personne peut être tenue [responsable] de dommages qu'elle cause sans faute (...). Le principe ne peut être reçu en règle générale, car il conduirait chacun de nous à être l'assureur d'autrui ».

Pour autant, la loi du 4 mars 2002 entre dans ce débat en fixant d'une part que la responsabilité civile du médecin ne se conçoit que dans le cadre d'une faute réelle prouvée, mais que, d'autre part, le législateur introduit une présomption de responsabilité au titre de l'infection nosocomiale concernant les établissements de santé, sauf preuve d'une cause étrangère. La loi prévoit également l'indemnisation du dommage quand aucune faute n'a pu être démontrée, sous certaines conditions.

Signalons tout de même quelques situations malgré tout un peu étonnantes de responsabilité sans faute :

- la loi Huriet du 20 décembre 1988 organise la recherche biomédicale et attribue au promoteur une responsabilité, même sans faute établie, vis-à-vis de l'indemnisation du dommage de la personne se prêtant à cette recherche (art. 1121-7-1 CSP) ;
- les accidents de la transfusion sanguine font l'objet d'une responsabilité sans faute de la part des centres donneurs depuis 1964, la loi du 31 décembre 1991 créant un fonds d'indemnisation et organisant le régime d'indemnisation des victimes.

À retenir

La notion de responsabilité sans faute correspond à un raisonnement particulier, à l'encontre du raisonnement de base et du concept même de faute prouvée, validé encore une fois par la loi du 4 mars 2002. Ses applications se retrouvent notamment concernant la loi Huriet et les questions de transfusion sanguine.

Quelle est la responsabilité du laboratoire pharmaceutique en cas d'accident grave survenant du fait du produit ?

Ces procès ont volontiers un retentissement médiatique particulièrement important.

Les trois arrêts mentionnés ici concernent la **matière civile**. Mais des poursuites pénales peuvent également être exercées, notamment concernant le chef d'empoisonnement.

La Cour de cassation s'est prononcée le 24 janvier 2006 sur les possibilités d'engagement de la responsabilité d'un laboratoire pharmaceutique. Les trois circonstances sont différentes car :

- dans le premier dossier, il s'agit d'un médicament fabriqué par un laboratoire et qui est suspect d'avoir entraîné l'apparition de tableaux d'hypertension artérielle pulmonaire primitive ;
- dans le deuxième, c'est un vaccin qui est supposé avoir entraîné l'apparition de syndrome de Guillain-Barré ;
- dans le troisième, il s'agit de définir un lien entre les injections d'hormone de croissance et l'apparition de la maladie de Creutzfeld-Jakob.

Dans le **premier arrêt** (24 janvier 2006, pourvoi n° 02-1648), la Cour de cassation devait se prononcer sur l'imputabilité du dommage au produit et sur la responsabilité du médecin prescripteur. En effet, c'est un médecin du travail qui, contrairement à ses règles professionnelles spécifiques, a prescrit ce produit à cette jeune femme. La patiente a développé une hypertension artérielle pulmonaire primitive (HTAPP) ayant nécessité une chirurgie lourde. Elle a recherché la responsabilité du fabricant (laboratoire pharmaceutique) et celle du médecin prescripteur.

Comme la cour d'appel, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu l'existence d'un lien de causalité entre le dommage survenu et l'administration du produit. Il a été jugé que le produit constituait un facteur favorisant cette HTAPP. La Cour de cassation a jugé qu'il existait effectivement des présomptions graves, précises et concordantes permettant de considérer que l'imputabilité entre cette pathologie et la prise du médicament en cause étaient établies : « Même si elle n'en était pas la cause exclusive (...), les experts avaient écarté les autres causes possibles d'HTAPP et estimé que [nom du produit] était une cause directe et partielle dans la mesure où il y avait une prédisposition de ce dernier comme pour tout malade présentant une affection très rare, et une cause adéquate, en l'absence de tout autre motif de nature à l'expliquer, a pu en déduire qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant, dans

le cas de ce demandeur, d'imputer l'apparition de l'HTAPP à la prise de [nom du produit] », avançant dès lors la notion d'imputabilité partielle. En revanche, la Cour de cassation a retenu la responsabilité du prescripteur qui, médecin du travail devant limiter l'exercice de son activité à des mesures de prévention, avait commis une faute de nature délictuelle (au sens civil) en effectuant une prescription médicamenteuse, qu'il n'avait pas le droit de faire. C'est donc la **reconnaissance d'une responsabilité mais sur une causalité partielle**.

Dans le **deuxième arrêt** (pourvoi n° 03-19534), la cour d'appel retient la responsabilité d'un fabricant de vaccin dans la survenance du syndrome de Guillain-Barré faisant suite à l'injection de ce vaccin. Le vaccin avait été considéré comme facteur déclenchant, et la fiche du produit énumérait cette complication (« très rarement des neuropathies périphériques »). Pour la Cour de cassation, ces constatations étaient insuffisantes pour caractériser le défaut du produit, lequel engage la responsabilité du fabricant pour le dommage qu'il cause lorsque lors de sa mise en circulation, le produit ne comporte pas les éléments de sécurité auxquels on est légitimement en droit de s'attendre. En effet, le fait d'être le facteur déclenchant ne prouvait pas la défectuosité du produit, pas plus que l'existence, connue, d'effets indésirables. L'arrêt condamnant le fabricant a donc été cassé. C'est donc ici **l'absence de causalité qui a été retenue**.

Enfin, dans la **troisième affaire** (pourvoi n° 03-20178), qui concernait la contamination par l'hormone de croissance d'une patiente décédée de la maladie de Creutzfeldt-Jakob, la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel avait considéré l'existence de présomptions graves, précises et concordantes, d'imputabilité de la maladie contractée par la victime, à l'hormone de croissance qui lui avait été administrée : « Elle a d'abord, à bon droit, retenu que tout producteur était responsable des dommages causés par son produit, tant à l'égard des victimes immédiates que des victimes par ricochet, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles avaient la qualité de parties contractantes ou de tiers. » Elle a en outre confirmé la position de la cour d'appel selon laquelle le fabricant n'ayant pas suivi les précautions recommandées pour l'extraction, la purification et la composition des hormones de croissance, il existait dès lors un lien direct et certain de causalité entre ces manquements à la prudence et le dommage constaté. Dans cette affaire, on est donc sur la constatation d'une **imputabilité liée à des manquements**.

En **matière pénale**, il n'apparaît pas dans la jurisprudence consultée de procédure pénale à l'encontre d'un laboratoire. On se souvient en revanche de l'incrimination pénale de médecins ou de personnes politiques dans des procès à retentissement médiatique (sang contaminé), les chefs d'inculpation pouvant alors aller jusqu'à l'empoisonnement.

À retenir

La responsabilité de laboratoires pharmaceutiques peut être recherchée, conjointement avec celle des prescripteurs, selon les circonstances. L'imputabilité est alors un critère souvent difficile. La Cour de cassation a rendu en janvier 2006 un avis de responsabilité fondé sur une causalité partielle. La mise en cause peut également être de nature pénale.

Peut-on être poursuivi devant plusieurs juridictions pour un même dossier ?

Un médecin peut être poursuivi devant la section disciplinaire du Conseil de l'Ordre pour manquement au Code de déontologie. Cette démarche effectuée par un patient ou sa famille peut également être faite par un médecin ou par un syndicat médical, le conseil départemental ou le Conseil national, et l'une des « hautes personnalités » seules habilitées à saisir efficacement le conseil régional en cas de litige portant sur un exercice hospitalier, à savoir le préfet, le procureur de la République, le directeur de la DASS ou de la DRASS, le ministre de la Santé, les CRCl. Cette action disciplinaire est compatible avec toutes les autres.

Une **action civile** concerne une activité libérale, avec une procédure devant le tribunal de grande instance. Elle vise à engager la responsabilité professionnelle au nom d'un manquement à l'obligation contractuelle de soins et tendant à obtenir une indemnisation financière d'un préjudice. Elle peut se combiner avec une action pénale et une action disciplinaire, mais pas avec une action administrative, dont elle est une alternative (action civile en pratique libérale et action administrative en pratique hospitalière salariale (voir fiches 45 et 56).

Une **action pénale** peut également être engagée (voir fiche 47) sur les bases de la recherche de blessures ou homicide par imprudence ou de mise en danger de la vie d'autrui, notamment. Elle peut se combiner avec une action civile ou administrative, selon le mode d'exercice, et une action disciplinaire. Sur ce dernier point de l'action disciplinaire conjointe à une action pénale, on peut faire référence à un arrêt du Conseil d'État du 5 janvier 1951 (affaire Fort), la haute juridiction ayant alors estimé qu'un même manquement pouvait faire l'objet de poursuites conjointes. Dans la pratique, aucun des juges, ordinal ou répressif, ne sera dans l'attente de l'autre, ce principe s'appliquant également dans la pratique face à une action civile, et le sursis à statuer est rarement prononcé dans l'attente de la décision de la juridiction judiciaire.

Enfin, si les faits contestés se sont déroulés à l'hôpital, l'**action à visée indemnitaire** sera non pas civile mais **administrative**, selon la procédure classique en deux temps (voir fiches 56 et 58), autorisant tout autant l'accès conjoint à une procédure disciplinaire ou à une procédure pénale.

À retenir

Il est hélas possible d'être traduit simultanément ou successivement pour le même dossier devant plusieurs juridictions, selon le type de faute reprochée, une action indemnitaire (civile ou administrative) étant compatible, d'une part, avec une action pénale, d'autre part, avec une action disciplinaire.

Définition

Le plagiat consiste à copier sans citer en s'attribuant la paternité du texte, de l'idée ou du résultat publié.

Certes les idées ne viennent pas toutes seules et tout « rédacteur » a tendance à s'inspirer de ce qui a été rédigé au préalable. Trois mots, une phrase ne semblent pas scandaleux. On s'efforcera de penser aux guillemets et à la référence d'auteur. Mais le corps d'un raisonnement, tout un chapitre, constitueront une zone à haut risque.

Ce risque est triple :

- déontologique ;
- pénal ;
- communautaire, au-delà même de l'aspect... moral.

Risque déontologique

Bien qu'aucun article du code ne prévoie spécifiquement ce point, une telle démarche tombe sous le coup de la notion de manquement à la probité et à l'honnêteté. Cette position donnera lieu à poursuites devant la juridiction disciplinaire et fera encourir les sanctions ordinales pouvant être avertissement, blâme, suspension, la radiation n'étant pas *a priori* prononcée pour ce type d'action.

Risque pénal

« Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit » (art. 425 CP).

« Le débit d'ouvrages contrefaits, l'introduction sur le territoire français d'ouvrages qui, après avoir été imprimés en France, ont été contrefaits chez l'étranger, sont un délit de la même espèce » (art. 426 CP).

Si le délit pénal de **contrefaçon** est établi, les sanctions possibles applicables aux personnes physiques sont à ce jour :

- « 150 000 euros d'amende (art. L.335-2 et 335-4) ;
- 2 ans de prison (art. L.335-2 et 335-4) ;
- la saisie des contrefaçons (art. L.335-1 et 335-6) ;

- la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, dans ce dernier cas pour une durée au plus de cinq ans, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction (art. L.335-5) ;
- la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction (art. L.335-6) ;
- la confiscation des contrefaçons (art. L.335-6) ;
- la confiscation du matériel spécialement installé en vue de la réalisation du délit de contrefaçon (art. L.335-6) ;
- l'affichage du jugement prononçant la condamnation au frais du condamné (art. L.335-6) ;
- la publication intégrale ou par extraits du jugement dans les journaux désignés dans la condamnation au frais du condamné (art. L.335-6) ».

Risque « communautaire »

Il n'est pas négligeable, même s'il est finalement mineur par rapport aux deux précédents, car la mise en évidence de la tromperie – et dès lors le fait de la rendre publique – annihile *ad vitam* la crédibilité de celui pour qui il était si important d'être l'auteur de ce qu'il voulait s'attribuer illégalement...

À retenir

Trois risques majeurs face à cette éventualité, qui devraient, s'il en était besoin, couper court à toute velléité face à ce type de malhonnêteté.

Comment préparer une instance civile ou une instance disciplinaire ?

Toute mise en cause de notre responsabilité professionnelle, justifiée ou pas, est une véritable épreuve, et en outre rien n'est jamais gagné d'avance. Il faudra donc s'armer de courage et d'arguments. Le lecteur pourra se reporter aux fiches 5 et 6 relatives à la gestion du conflit avec un patient, préalablement au développement de l'instance judiciaire ou ordinaire.

Quoi qu'il en soit, ainsi qu'il est indiqué dans la question « Quand contacter un avocat ? » (voir fiche 113), il y a lieu d'être assisté, et de préparer techniquement cette instance. Les parties ne sont pas contraintes en matière civile d'assister à l'audience devant le tribunal. Mais préalablement se tiendra l'expertise, à laquelle le médecin mis en cause sera convoqué et à laquelle il a tout intérêt à se rendre, y compris s'il y a plusieurs rendez vous successifs pour un même dossier.

En matière disciplinaire, pas d'expertise, mais un avocat est indispensable.

Dans un cas, l'exigence sera tournée vers la faute médicale, la faute de raisonnement, la faute technique, ou encore la faute de surveillance, notamment. Dans l'autre cas, elle devra suivre le texte et l'esprit du Code de déontologie médicale. Mais de toute façon, il faudra préparer son dossier, le connaître parfaitement et savoir répondre aux questions qui risqueront d'être posées, **quitte à se faire aider dans cette préparation d'un confrère** qui, dans un « jeu de rôle », **tiendra la place de la partie adverse** tentant de mettre le médecin en difficulté, afin de le préparer au mieux à un éventuel feu roulant de questions délicates.

Défendre sa position et ses agissements dans la marche d'un dossier repose sur le bon sens, mais aussi sur des arguments scientifiques, et la référence aux bons usages et aux recommandations de société savantes. Il y a donc lieu de rechercher tout document de valeur scientifique reconnu, attestant que la position prise était la bonne, sans oublier de faire cadrer la situation du patient au contexte évoqué dans ces recommandations scientifiques. On peut également envisager de solliciter des confrères de notoriété incontestée et leur demander d'émettre un point de vue spécifique sur le dossier et la façon dont il a été pris en charge.

Les recommandations des sociétés savantes (voir fiche 60), les publications récentes dans des revues référencées et reconnues, l'usage d'Internet... comme les patients (!), seront des « zones de récolte » pour les arguments scientifiques à faire valoir.

À titre de « pièces de documentation », les parties peuvent adresser à l'expert une bibliographie scientifique tendant à asseoir leur position scientifique et à valider la démarche qu'ils ont eue dans la gestion d'un dossier, ou encore à les exonérer de leur responsabilité, l'accident publié se rapprochant de celui pour lequel ils sont poursuivis et n'ayant pas donné lieu à une condamnation.

Enfin, il faut se rappeler que la communication de pièces à son avocat doit tenir compte de ce que, par le fait même du principe du contradictoire, toute pièce

dont on entend se servir sera produite aux parties adverses, et qu'il peut y avoir danger à produire un document éventuellement ambigu pour la défense de ses intérêts.

Il faut se garder – comme c'est simple à dire ! – de toute émotivité et tenter de conserver tout son calme et toute sa sérénité face à une situation toujours très éprouvante.

À retenir

Pour se préparer à ce type de rendez vous toujours très bouleversant, il faut travailler le dossier et le contexte, se faire aider et assister, et argumenter sa position par des références incontestables qui devront convaincre l'expert, pour mieux convaincre le juge.

Définition

Une infection nosocomiale correspond à « toute maladie provoquée par des micro-organismes, contractée par un patient dans un établissement de soins après son admission pour hospitalisation ou soins ambulatoires, dont les symptômes peuvent apparaître au cours du séjour à l'hôpital ou après un certain délai, variable selon la période d'incubation et la nature des interventions » (circulaire du ministère de la Santé, 13 octobre 1998).

Une définition plus succincte est donnée par la circulaire du 29 décembre 2000, l'énoncé actuel (« toute infection contractée dans un établissement de santé ») étant *a priori* plus propice à élargir de ce fait le champ d'indemnisation de ces infections.

Les infections nosocomiales représentent environ 7 % des infections observées en France, environ 10 % des infections observées en Europe. Les plus fréquemment retrouvées sont des infections urinaires, respiratoires et cutanées. Certains services sont plus soumis à cette complication, à savoir les services de réanimation, bien sûr, et les services de chirurgie, les services de médecine venant derrière en nombre de cas. On a dénombré un certain nombre de facteurs favorisant ces infections, que sont :

- l'âge ;
- la démence ;
- l'alitement prolongé ;
- le diabète ;
- l'immunodépression pathologique ou iatrogène ;
- la lourdeur et le nombre de gestes réalisés sur le patient en cours d'hospitalisation.

On peut citer à cet égard un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 21 octobre 1997 : « L'infection qui a atteint un patient dès après l'intervention chirurgicale qu'il a subie ne procède pas d'actes médicaux ou de soins pratiqués par le chirurgien mais d'une infection nosocomiale contractée à raison de problèmes d'asepsie des salles d'opération. Alors même qu'aucune faute ni du médecin ni de l'établissement hospitalier n'a pu être mise en évidence, le seul fait qu'une telle infection ait pu se produire révèle un défaut d'organisation ou de fonctionnement du service public hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical des conditions d'intervention en milieu stérile. Il en résulte que la juridiction administrative est compétente pour connaître du litige, dès lors que la responsabilité du service public hospitalier est engagée, nonobstant la circonstance que le patient aurait été hospitalisé et opéré dans le cadre du secteur privé du praticien, et que l'acte médical n'est pas en cause dans les dommages.

D'autre part, l'établissement hospitalier doit être déclaré responsable des seuls préjudices causés au requérant par l'infection. »

Quels problèmes en pratique?

Les problèmes créés par ces pathologies sont multiples : **médicaux** d'abord, puisqu'il faut parvenir à traiter ces infections qui surviennent dans des zones où sévissent bien souvent des germes déjà multirésistants ; **sanitaires**, ensuite, face à la notion de prévention de l'incidence du risque, grâce à des mesures de prophylaxie adaptées à chaque situation dans chaque service et également des règles générales de prévention de transmission de l'infection, au sein de l'équipe médicale, ces principes devant être rappelés fréquemment. On doit citer ici les « CLIN », comités de lutte contre l'infection nosocomiale, nés des conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1996 concernant la présomption de responsabilité face à la notion d'obligation de sécurité-résultat. A cette époque, les termes de cet arrêt sont qu'« un médecin est tenu vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère » (C. cass. 1^{re} Ch. civ., 29 juin 1999, XRG991248).

La loi du 4 mars 2002 revient largement sur la question de responsabilités en cas d'infection nosocomiale en précisant (art. 1142-11 CSP) : « 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 lequel sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic et de soins, ne sont responsables des conséquences d'actes de prévention, de diagnostic et de soins qu'en cas de faute. » Cette disposition est complétée par la suivante : « Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère. » Ainsi, la responsabilité des cliniques et hôpitaux est engagée « par défaut » en matière d'infection nosocomiale, sauf à établir que cette faute tire son origine de l'extérieur de l'établissement.

Il faut par ailleurs rappeler que le caractère endogène de l'infection n'est pas exonératoire de la responsabilité du praticien ou de l'établissement de soins : « Le caractère endogène de l'infection ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit reconnue comme constituant une infection nosocomiale dès lors qu'elle a un lien de causalité avec l'examen invasif. La responsabilité des médecins ne peut être engagée même pour des infections nosocomiales qu'en cas de faute prouvée. Il appartient aux demandeurs de prouver la faute de chacun des médecins » (CA Caen, 1^{re} Ch. civ., 30 janvier 2007, Caisse de réassurance mutuelle agricole du Centre Manche).

Cet arrêt vient confirmer celui de la Cour de cassation de 2006 : « À la suite d'une opération de la cataracte, une patiente a présenté une infection liée à la présence d'un streptocoque et subi une perte fonctionnelle d'un globe oculaire. La cour d'appel a énoncé à bon droit, en l'absence d'application en la cause de l'article L.1142-1 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002, que le médecin était tenu à l'égard de la patiente d'une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale dont il ne pouvait se libérer qu'en apportant la

preuve d'une cause étrangère. 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. Ensuite, seule la cause étrangère est exonératoire de leur responsabilité. 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 otorhinolaryngologique, a pu en déduire que l'infection survenue ne présentait pas les caractères d'une cause étrangère » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 4 avril 2006).

Enfin, il peut s'agir de problèmes **juridiques**, en termes de responsabilité, d'une part, de compensation financière, d'autre part (voir la partie « Indemnisation »). Concernant la notion de responsabilité, la loi du 4 mars 2002 et le Code de la santé publique établissent que, faute de preuve d'une cause étrangère, les établissements de soins sont responsables, et que les médecins en revanche, ne peuvent être déclarés responsables qu'en cas de faute prouvée.

Il apparaît donc clairement aujourd'hui que la règle en matière de responsabilité, tant qu'une jurisprudence contraire n'est pas venue annihiler cette disposition, est contenue dans la loi du 4 mars 2002, rappelée ci-dessus.

À retenir

Les problèmes créés par l'infection nosocomiale sont extrêmement importants, médicaux, sanitaires, juridiques, judiciaires, et en termes d'organisation des unités de soin. Ils imposent une organisation lourde, qui seule permet de pouvoir espérer diminuer le risque d'implication de la responsabilité.

De quoi se composera la réflexion de l'expert en matière d'infection nosocomiale ?

Missionné dans un dossier relatif à une suspicion d'infection nosocomiale, l'expert sera soumis à cinq axes d'interrogations :

Existe-t-il une infection ?

Rappelons au passage qu'une authentique infection peut exister sans preuve microbiologique et, qu'*a contrario*, une bactériémie n'est pas forcément synonyme d'infection, et que l'infection correspond au déséquilibre entre la virulence de l'agent pathogène et les capacités de défense immunitaires de l'hôte.

L'infection est-elle nosocomiale ?

Cette infection doit s'être déclarée lors du séjour dans l'établissement de soins, avoir été absente lors de l'hospitalisation, et apparaître au terme « d'un certain délai », variable, l'incubation minimale étant fixée à 48 heures, mais l'infection pouvant se révéler beaucoup plus tard, notamment en matière d'infection de prothèse, orthopédique ou valvulaire cardiaque.

L'infection était-elle évitable ?

« Parfois, mais pas toujours » semble être une réponse pratique, mais qui s'applique à la réalité clinique. Au-delà des précautions de base dont l'absence constituera une faute (antibioprophylaxie sur une extraction dentaire, par exemple), il faut citer notamment les pneumopathies d'inhalation chez les patients intubés.

Les mesures de prophylaxie ont-elles été prévues et appliquées ?

- Vis-à-vis du patient : antibioprophylaxie, préparation du champ opératoire, contrôles bactériologiques au bloc opératoire ?
- Vis-à-vis de la lutte contre l'infection nosocomiale dans l'établissement : où est le bilan d'activité du CLIN, existe-t-il un CLIN, y a-t-il un personnel dédié spécifiquement à l'hygiène, quels sont les protocoles prévus au cas par cas, en situation d'infection, quelles sont les statistiques concernant le taux d'infections dans le service ?

La prise en charge de l'infection a-t-elle été satisfaisante ?

- Quel a été le délai d'instauration d'un traitement efficace (mise en route du traitement antibiotique, reprise chirurgicale sur une prothèse) ?
- Quel a été le spectre de l'antibiothérapie ? large ou ciblé ?
- Quelle a été la qualité du traitement ? du suivi clinique, biologique, radiologique... ?

Quelle est la part de l'infection dans le dommage ?

L'expert aura pour mission d'établir le handicap postévénementiel, et la part que cette infection aura eue dans la genèse de cette incapacité, notamment par l'analyse précise de l'état antérieur.

Mais tout au long de cette chaîne de réflexion, tant l'expert que le magistrat doivent garder à l'esprit que ce ne sont ni l'infection ni le dommage qui doivent être indemnisés, mais uniquement le préjudice.

À retenir

La démarche de l'expert en matière d'infection nosocomiale répondra à une logique méthodique quasi mathématique pour tenter de répondre aux questions de la mission concernant notamment l'imputabilité de l'hospitalisation à l'infection.

Qu'est-ce que la présomption de responsabilité ?

L'arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 1996 est à l'origine du concept de présomption de responsabilité.

Cet arrêt de la Cour de cassation introduit la notion de présomption de responsabilité à l'encontre du médecin ou d'une personne morale : « (...) Une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par un patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, à moins de prouver l'absence de faute de sa part. »

On a pu craindre que cette présomption de responsabilité, apparue à l'occasion d'une complication infectieuse, ne puisse être étendue à d'autres concepts de la responsabilité médicale. Dans son contexte initial, ce principe sous-entend une implication de tous les maillons de la chaîne concernée par la stérilisation du matériel et des locaux.

En effet, jusqu'à cet arrêt de 1996, les condamnations se font à l'encontre d'établissements ou de praticiens dont il est **prouvé** qu'ils sont responsables d'une faille dans le système de la stérilisation, déterminant ainsi un manquement de leur part à leur obligation de maintien de la chaîne des éléments de soins. On peut raisonnablement envisager qu'une telle preuve soit toutefois terriblement difficile à apporter, sans avoir à recourir à une expertise judiciaire, réalisée... longtemps après l'acte incriminé.

Depuis cet arrêt et jusqu'à la loi du 4 mars 2002, la charge de la preuve est inversée, et ce n'est plus au demandeur à prouver qu'il y a eu une faute, mais au praticien ou à la clinique à prouver qu'il n'y en a pas eu, en démontrant que toutes les mesures avaient été prises en vue d'assurer la meilleure sécurité pour prévenir l'apparition d'une infection. Une extension pouvait se faire logiquement à tout praticien, non forcément chirurgien, qui utilise un matériel souillable, et en théorie s'appliquer aux ORL, gastroentérologues, gynécologues, dermatologues, cardiologues, dentistes..., et on en vient alors tout naturellement à la notion d'obligation de sécurité, se situant en fait à mi-chemin entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultats. Toutes les précautions devaient être prises pour qu'il n'y ait pas d'infection (obligation de moyens) et l'absence de preuve d'une attention particulière pour éviter la contamination constituait finalement un manquement à une obligation de résultat (d'asepsie)... Cette décision a vu l'éclosion des CLIN (comités de lutte contre l'infection nosocomiale) au sein des établissements de soins, publics ou privés. Ces CLIN sont destinés à organiser la lutte anti-infectieuse dans les divers lieux de l'établissement, et assurer également l'éducation du personnel de soins, médical et paramédical. Cette notion de protection anti-infectieuse s'applique évidemment à l'aspect bactériologique et parasitaire, mais aussi à l'aspect viral. Elle a bouleversé l'approche du risque infectieux nosocomial.

La question a donc été tranchée par la loi du 4 mars 2002 qui dispose :

- concernant les médecins : « 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 lequel sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic et de soins, ne sont responsables des conséquences d'actes de prévention, de diagnostic et de soins qu'en cas de faute » ;
- concernant les établissements de santé : « Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

La loi réglemente ainsi la question de la responsabilité en matière d'infection nosocomiale et rend finalement caduques les raisonnements évoqués ci-dessus.

Rappelons à l'occasion de ce point la présomption d'imputabilité concernant les contaminations par le VIH et le virus de l'hépatite C, la notion d'accident de travail.

On évolue donc, au travers de ce texte de loi, vers :

- d'une part, une position rassurante à titre individuel, avec la nécessité d'une faute prouvée pour engager la responsabilité du médecin, fût-ce une faute par « carence de prévention » (pas de système adéquat de stérilisation, pas d'organisation spécifique...) ;
- d'autre part, la nécessité pour qu'un établissement de soins s'exonère de sa responsabilité de la mise en jeu d'une cause étrangère, cette « cause étrangère » étant rarement très simple à prouver, correspondant en pratique au cas de force majeure évoqué dans les articles 1147 et 1148 du Code civil, qui suppose que cette cause est « extérieure, irrésistible et imprévisible ».

Il faut souligner que ces diverses notions peuvent s'appliquer non seulement à un exercice hospitalier ou en clinique, mais également à une activité en cabinet libéral, et que, pour des spécialités à risque infectieux, la responsabilité de ce praticien peut également être recherchée, du fait de l'éventuelle absence d'organisation prouvable de l'asepsie (voir fiche 115).

On doit bien sûr se féliciter d'une régulière amélioration des possibilités offertes aux patients pour l'indemnisation des accidents médicaux, y compris concernant les accidents non fautifs, pris en charge aujourd'hui sous certaines conditions par la solidarité nationale (ONIAM).

Cependant, cette dynamique semble difficilement pérennisable à long terme si elle doit risquer d'accroître encore la faculté qu'auront nos patients de trouver de nouvelles possibilités d'engager notre responsabilité. La notion de risque existe, elle doit être assumée par tous, et le corps médical ne peut prendre en charge, sur sa responsabilité propre, tous les hasards malheureux.

L'indemnisation est normale et bénéfique, elle ne doit pas constituer un risque disproportionné de notre activité professionnelle et de nos assureurs. L'aléa ne doit être ni dévoyé, ni banalisé, il a sa place, et il est en outre devenu indemnisable.

À retenir

Le principe de la présomption de responsabilité permet de s'affranchir de la preuve du lien d'imputabilité. Fondé sur l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 1996, il touche alors autant les praticiens que les établissements.

La loi du 4 mars 2002 restreint cette disposition en matière d'infection nosocomiale aux seuls établissements de soins, excluant de cette contrainte les praticiens, dont la responsabilité ne peut être retenue qu'en cas de faute prouvée.

Dans quelles conditions peut-on remplacer un confrère ?

C'est l'article 65 du Code de déontologie médicale qui régit cette situation (art. R.4127-65 CSP) :

- « Un médecin ne peut se faire remplacer dans son exercice que temporairement et par un confrère inscrit au tableau de l'Ordre ou par un étudiant remplissant les conditions prévues par l'article L.4131-2 du Code de la santé publique (ancien article L.359) ;
- Le médecin qui se fait remplacer doit en informer préalablement, sauf urgence, le conseil de l'Ordre dont il relève en indiquant les nom et qualité du remplaçant ainsi que les dates et la durée du remplacement ;
- Le remplacement est personnel ;
- Le médecin remplacé doit cesser toute activité médicale libérale pendant la durée du remplacement. »

Pour pouvoir remplacer un médecin installé en ville, il faut :

■ **pour tous remplacements :**

- être docteur en médecine ou avoir satisfait à l'examen du CSCT à la fin du cursus universitaire du tronc commun de médecine générale ;
- être assuré, obligation légale depuis la loi du 4 mars 2002, auprès d'une compagnie d'assurance notoirement solvable, auprès de laquelle on aura déclaré précisément le type d'exercice envisagé ;

■ **pour des remplacements de spécialité :**

- avoir validé le pourcentage de la formation de spécialité requis par les textes en vigueur¹, variable d'une spécialité à une autre, du cursus de spécialisation (le plus simple est de demander à son conseil de l'Ordre départemental) ;
- avoir de ce fait obtenu une licence de remplacement délivrée par le conseil de l'Ordre.

Les remplacements s'effectuent à l'entière responsabilité du remplaçant, dont il est précisé dans le contrat qu'il signe impérativement avec le remplacé qu'il exerce son art à ses risques et périls.

Il peut arriver également que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, on soit amené à devoir remplacer un médecin hospitalier dans des hôpitaux de petite taille avec peu de praticiens statutaires présents et une carence du chef de service pour maladie. Ce type de situation peut amener à la désignation d'un

1 Sur les critères de remplacement, voir l'annexe du décret n° 94-120 du 4 février 1994 (JO du 12 février 1994), modifié par les décrets n° 94-550 du 1^{er} juillet 1994 (JO du 3 juillet 1994), n° 98-168 du 13 mars 1998 (JO du 15 mars 1998), n° 99-852 du 1^{er} octobre 1999 (JO du 5 octobre 1999) et n° 2000-590 du 29 juin 2000 (JO du 30 juin 2000).

praticien en ville ou d'un chef de clinique assistant. Le remplacement se fait sur le temps de vacances, sauf accord spécial avec le chef d'établissement auquel est rattaché le remplaçant.

À retenir

Le remplacement de confrère répond à des règles strictes, ayant un support universitaire en termes de validation d'une partie suffisante du cursus et ordinaire. Être remplaçant, c'est intervenir professionnellement à la place du confrère remplacé et avoir la lourde responsabilité de l'écoute et de la santé des malades. Le remplaçant doit contacter son assureur pour définir avec les modalités précises du mode d'exercice.

Qu'entend-on par défaut d'organisation du service ?

Le défaut d'organisation du service est à la base une notion relative au fonctionnement du service hospitalier.

Elle concerne des manquements relatifs au fonctionnement du service lui-même, confronté à sa charge en termes de respect du contrat de soins passé avec le patient :

- retard ;
- manque de personnel et de coordination ;
- manque d'organisation des tableaux de garde et d'astreinte ;
- défaut de surveillance ;
- défaut d'entretien du matériel.

L'accumulation de problèmes de fonctionnement relatifs non pas à une faute médicale par un praticien mais à un fonctionnement anormal du service témoignera de ce mauvais fonctionnement.

La liste de garde ou d'astreinte, l'annuaire des coordonnées des praticiens du service, la gestion des absences lors des congés sont autant d'autres éléments que le chef de service doit contrôler.

Cette notion concerne également l'organisation d'un établissement de soins privé. Deux obstétriciens sont condamnés pour manquement grave à la probité professionnelle, mais la clinique, qui n'avait pas assuré la rigueur de l'organisation de la liste de garde, est condamnée à indemniser le préjudice à hauteur de 20 % du dommage. Cet arrêt est rapporté *in extenso* en annexe 5 (arrêt Gharnit, C. cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 07-15049).

Il confirme donc l'extension de la notion de mauvaise organisation du service hospitalier à la notion de mauvaise organisation d'un établissement de soins privé, soulignant que ce manquement a favorisé l'émergence d'un doute dans l'esprit des praticiens et dès lors la constitution du dommage.

La clinique privée est donc tenue d'assurer une qualité d'organisation, au nom du contrat de soins conclu avec le patient. Cet arrêt particulièrement important conclut que, de ce fait, les soins doivent être qualifiés, et en mettant notamment à la disposition du patient des praticiens compétents pouvant intervenir dans les délais imposés par l'évolution de son état de santé (voir aussi CE 9 mars 2009, 303 983).

À retenir

Notion relative à l'établissement et non à l'activité médicale elle-même, le défaut d'organisation du service peut contribuer à la mise en jeu de la responsabilité de l'établissement, en cas de lien de causalité avec un dommage.

Qu'entend-on par « prescription des poursuites » ?

La prescription d'une action en justice est le délai au-delà duquel cette action n'est plus recevable du fait du temps écoulé. Elle est variable selon le type de juridiction.

En matière civile

La prescription était autrefois de 30 années, ce qui laissait envisager la possibilité d'une action en réparation devant cette juridiction pendant toute cette durée. Mais ce délai ne pouvant débiter qu'à la majorité du patient, afin que celui-ci soit à même de réfléchir valablement à son action, un obstétricien courait donc le risque d'être poursuivi pendant les 30 années de prescription civile augmentées des 18 années nécessaires à ce que le nouveau-né qu'il avait mis au monde ne devienne majeur, soit 48 ans !

La loi du 4 mars 2004 a réduit cette période de 30 ans à 10 ans, ce délai débutant à la date de consolidation des lésions faisant l'objet du litige.

Deux problèmes naissent de cette modification : fixer la date de consolidation, qui peut être tardive, et définir à quelle action s'appliquera cette nouvelle disposition.

Concernant le premier point, il n'est pas forcément aisé de le régler car la consolidation peut être contestée par des « querelles d'experts ». Par ailleurs, le médecin concerné n'est pas informé initialement, donc préalablement à une éventuelle procédure, des déterminants de cette consolidation. Mais si la loi consacre l'uniformisation du délai de prescription de la responsabilité des professionnels de santé à 10 ans, aussi bien pour la responsabilité civile que pour la responsabilité administrative, elle n'apporte aucune précision sur les délais de conservation des dossiers médicaux anciens par les praticiens.

Il faut retenir que si les décisions de la Cour de cassation sont rétroactives (voir fiches 1 et 2), la loi **n'est pas** rétroactive. La question est donc de savoir si cette réduction de délai concerne l'action « contentieuse » d'un demandeur ou l'action « médicale » du praticien. Il n'existe pas à notre connaissance de règle établie, relative à cette question. Il y a donc lieu d'être très prudent pour ce qui est de la conservation des dossiers et des divers documents relatifs à un dossier, tant qu'une position incontestable de la jurisprudence n'a pas tranché. Cet aspect est traité à la question 39.

Quant à la définition de cette prescription selon l'ancienneté du dossier, seule la jurisprudence de la Cour de cassation est rétroactive, contrairement à la loi qui ne l'est pas. Ainsi un dossier datant d'il y a vingt ans peut faire engager, **même aujourd'hui**, la responsabilité du praticien, car il n'y a pas de rétroactivité de cette disposition légale sur la définition de la prescription et

c'est donc la réglementation ancienne qui s'applique. En revanche, un praticien ne pourra pas être inquiété si un dommage consolidé est l'objet d'une action plus de dix ans après cette consolidation, si celle-ci survient au-delà de cette loi du 4 mars 2002.

En cas de retraite, la loi 2002-1577 du 30 décembre 2002 modifie les conditions de garantie dans ses articles 4 et 5 en modifiant le Code des assurances dans son article L. 251-2 dans ces termes : les assureurs ne garantissent le risque inhérent à la responsabilité professionnelle du contractant que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation d'activité, sauf accord contractuel spécifique. Au-delà de ce délai, l'indemnisation sera assurée par l'ONIAM (voir fiche 158) sans recours possible contre le responsable éventuel ou son assureur (voir fiche 160).

Le délai de prescription concernant la responsabilité de l'expert judiciaire a été ramené de dix ans à cinq ans.

En matière administrative

La prescription était de quatre ans, comme pour toutes les dettes de l'État. Elle passe à dix ans, dans un souci d'uniformisation du droit en matière de poursuite.

Un arrêt du 19 mars 2003 du Conseil d'État a confirmé cette position (référence CETX0306579V).

La loi du 4 mars 2002 prévoit que la saisine des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation suspend les délais de prescription et de recours jusqu'au terme de la procédure (art. L.1142-7, al. 4, CSP).

En matière disciplinaire

Les griefs sont imprescriptibles, et peuvent donc donner lieu à poursuites sans condition de délai. Toutefois, une action très tardive paraîtra suspecte, sans doute plus en rapport avec une vengeance qu'avec un réel désir de justice.

En matière pénale

La prescription est de trois ans pour les délits, et de dix ans pour les crimes, elle n'a pas subi de modification récente.

À retenir

La prescription d'une action en justice est variable selon la juridiction saisie. Elle est de dix ans à compter de la date de consolidation du dommage devant les tribunaux civils, trois ans devant les chambres correctionnelles, quatre ans devant les tribunaux administratifs. Les faits relevant de la responsabilité disciplinaire sont imprescriptibles. Dépassée, la prescription interdit toute action en responsabilité ou en indemnisation.

Quelles sont les possibilités de poursuites offertes à un plaignant ?

Elles sont au nombre de quatre, selon la nature de la démarche présidant à cette poursuite.

Responsabilité disciplinaire

La responsabilité disciplinaire est relative à un éventuel manquement aux règles de déontologie professionnelle. Elle est soumise à l'appréciation du conseil régional de l'Ordre des médecins dans sa section disciplinaire. Elle tire la base de sa réflexion de la lecture et de l'interprétation de ce code, que tout médecin s'engage à suivre et à appliquer. Elle peut donner lieu à des sanctions « théoriques » comme l'avertissement ou le blâme, ou des sanctions « pratiques » d'interdiction d'exercice professionnel, comme la suspension ou (très exceptionnellement) la radiation. Elle est imprescriptible. Les sanctions sont susceptibles d'appel devant le Conseil national de l'Ordre. Elle est déclenchée par le dépôt d'une plainte auprès du conseil départemental de l'Ordre.

Responsabilités civile et administrative

La responsabilité civile et la responsabilité administrative se partagent le champ de l'indemnisation. Elles sont toutes deux fondées sur la notion de faute, qu'à quelques exceptions près le demandeur devra prouver. Il y a lieu de se reporter précisément à chaque chapitre concerné, mais de retenir globalement que **la responsabilité civile concerne une faute commise dans le cadre libéral, et que la responsabilité administrative concerne une faute commise dans le cadre de l'exercice hospitalier**. Ces deux engagements permettent d'envisager une indemnisation financière du préjudice subi. Son délai de prescription est de dix ans en matière civile et administrative à compter de la date de consolidation en ce qui concerne la responsabilité civile. Elle est susceptible d'appel devant respectivement la cour d'appel ou la cour administrative d'appel. Elle est déclenchée en matière civile par le dépôt d'une assignation devant le TGI, et en matière administrative par le dépôt d'un recours auprès de l'hôpital, et d'une assignation auprès du tribunal administratif en cas de réponse négative de la part de l'hôpital.

Responsabilité pénale

La responsabilité pénale concerne tout type d'activité, libérale ou hospitalière, puisqu'elle se rapporte à une infraction à la législation et non à une faute technique. Elle sera recherchée pour aboutir à une condamnation infamante : à une peine d'amende ou surtout à une condamnation (en général avec sursis) à une privation de liberté. Mais même si la voie pénale apparaît plus simple *a priori*

et volontiers moins onéreuse, elle est finalement plus complexe à faire aboutir pour le demandeur dès lors que le juge pénal est beaucoup plus exigeant que le juge civil sur la parité entre les faits reprochés et leur stricte définition dans le Code pénal (art. 111-4 : « La loi pénale est d'interprétation stricte. »).

Son délai de prescription est de trois ans en matière délictuelle et dix ans en matière criminelle. Elle est susceptible d'appel devant la cour d'appel. Elle est déclenchée par le dépôt d'une plainte auprès du procureur de la République, d'un commissariat de quartier ou du doyen de juges d'instruction (voir fiche 48).

À retenir

Chaque juridiction offre au plaignant un des aspects de la reconnaissance de la responsabilité : disciplinaire, faisant courir le risque d'être interdit d'exercice, pénal, faisant courir celui d'une amende voire d'une privation de liberté, civil ou administratif (selon que l'exercice est libéral ou hospitalier), dans le but d'une réparation indemnitaire. Ces diverses actions ne sont ni dépendantes ni redondantes.

De quels recours dispose le médecin injustement poursuivi ?

« Calomniez, calomniez, il en restera toujours quelque chose. » Et comme, dans l'esprit populaire, « il n'y a pas de fumée sans feu »... Sauf quand le feu est allumé par un patient qui ne se soucie pas du bien-fondé de sa démarche et de ses conséquences sur le médecin qu'il poursuit indûment.

En cas de procédure abusive, le médecin ainsi poursuivi à tort peut intenter une action reconventionnelle en dommages et intérêts pour dénonciation calomnieuse (art. 226-10 NCP) ou pour harcèlement (art. 222-33-2 NCP).

Mais il n'est pas forcément facile de faire admettre la dénonciation et son caractère calomnieux. Le médecin devra pour cela prouver que le fait porté devant le tribunal est mensonger ou tendancieux et que son auteur avait connaissance de cet élément. Le harcèlement sera peut-être moins complexe à établir.

Une procédure contre une « action téméraire » (art. 91 NCP, loi du 4 janvier 1993) sanctionne de tels agissements et peut amener à la publication dans plusieurs journaux de la condamnation, aux frais de la partie qui « succombe ». Une telle action sera engageable devant une démarche « téméraire ou imprudente », la mauvaise foi ou le caractère dénonciatoire n'étant alors pas indispensable, le Nouveau Code pénal précisant que « la témérité de la plainte, indépendante de toute mauvaise foi, peut suffire à justifier l'allocation de dommages et intérêts ».

Ces actions en réparation de préjudice moral aboutissent rarement, même si les assureurs y engagent vivement leurs souscripteurs, si les faits sont patents.

D'autres actions en droit de réponse dans une presse qui a élaboussé un médecin (devant se faire dans les huit jours de la parution de l'article en cause), ou en violation du secret de l'instruction, sont encore possibles, mais là aussi leur résultat n'est pas du tout certain.

Dans ces situations difficiles, l'assistance d'un avocat est plus que conseillée.

À retenir

Divers moyens sont à la disposition d'un médecin poursuivi abusivement, et éventuellement porté en pâture dans la presse. Des actions en réparation de ce préjudice sont envisageables mais de réalisation difficile et de résultat très incertain. On peut également penser qu'une fois le cauchemar d'une instance pénale conclu par une relaxe, le médecin n'a plus qu'une envie : ne plus entendre parler de cette histoire...

Pour en savoir plus

- Fabre H. Plaintes abusives et médiatisation outrancière : quel recours pour les médecins ?
Médecine et Droit 1995 ; 13 : 16–9.
- Sicot C. Y a-t-il un recours en cas de plainte injustifiée contre un médecin : procédure pénale abusive. Concours Med 1997 ; 119 : 180–1.
- Sicot C. Y a-t-il un recours en cas de plainte injustifiée contre un médecin : procédure civile abusive. Concours Med 1997 ; 119 : 314–5.

Quand doit-on contacter un avocat ?

Le contact entre un médecin inquiet et son avocat peut apparaître de prime abord déconcertant : nous ne parlons pas toujours tout à fait la même langue ! Il y a lieu de choisir préférentiellement un cabinet spécialisé en droit médical, où les avocats sont rompus à ce type de raisonnements, même s'ils n'ont pas la compétence médicale pour argumenter de façon scientifique. Ce type de praticien sera également rompu aux expertises médicales, visiblement d'un tout autre ordre que les expertises d'autres domaines.

On se reportera comme toujours dans cet ouvrage aux diverses cadres de l'exercice professionnel :

- **en matière disciplinaire**, la présence d'un avocat n'est pas obligatoire. Toutefois, la procédure est volontiers complexe, et diverses astuces de procédure (voir fiche 58) peuvent être nécessaires pour se sortir d'une situation mal engagée. Mais une autre raison évidente est que, même serein, même sûr de lui, celui qui se trouve face à ses pairs revêtus de leurs robes noires et rouges ne manquera pas d'être impressionné et de risquer de perdre ses moyens. Il est donc vivement conseillé d'être non seulement présent, mais également assisté de la présence d'un avocat. Il est également intéressant d'avoir fait analyser le dossier litigieux par un confrère rompu à ce type de situations, *a fortiori* s'il s'agit d'un collègue de même spécialité, afin de tenter de dégager des éléments qui auront échappé tant au médecin inquiet, trop au cœur du problème, qu'à l'avocat ;
- **en matière civile**, le « ministère d'avocat » est en revanche une obligation. Il n'y a donc pas d'hésitation à avoir et il y a lieu de le contacter dans les meilleurs délais dès réception des premiers documents judiciaires, voire de l'annonce qui peut en être faite par le patient mécontent. L'avocat assurera la mise en place de la procédure et le dépôt de ses « conclusions » devant le tribunal, ainsi que tous les aspects pratiques de la procédure. Il plaidera le dossier devant le tribunal de grande instance ;
- **en matière pénale**, il n'y a pas d'obligation de se faire représenter par un avocat en correctionnelle même si cela est très vivement conseillé, mais c'est en revanche une obligation devant la cour d'assises. De même qu'au civil, le premier contact ne saurait avoir lieu bien longtemps après la première annonce de procédure, qu'elle soit formalisée par la voie judiciaire ou qu'elle soit simplement annoncée directement par le patient ou ses ayants droit.

Bien sûr dans toutes ces situations, il est indispensable de faire une déclaration dans les meilleurs délais à son assureur.

À retenir

Il ne faut pas hésiter à contacter un avocat, en cas de souci avec un patient, dès lors que celui-ci devient « insistant » dans ses reproches et éventuellement dans ses demandes. L'assureur aura lui aussi été prévenu. Cet ensemble permettra d'aider le médecin à la prise en charge du conflit naissant, éventuellement même pour en aplanir les difficultés.

Que concerne un litige avec la Sécurité sociale dans le domaine de la cotation des actes ?

Le contentieux des actes techniques de la Sécurité sociale a été instauré afin de régler les litiges intervenant entre les « professionnels de santé » et la Sécurité sociale au nom d'anomalies ou d'erreurs de cotation de leur part.

Les fautes relevées et faisant l'objet de poursuites devant cette juridiction peuvent concerner un aspect purement médical (prescriptions injustifiées, ou mal rédigées, comme notamment ce qui concerne les prescriptions hors AMM, voir fiche 88), ou des manquements aux règles de fonctionnement relativement à la Sécurité sociale.

On peut citer notamment :

- des anomalies de cotation ;
- des actes exécutés le même jour mais n'ayant pas donné lieu à une division par deux du montant du deuxième acte, en violation de l'article 11-b de la NGAP ;
- des actes non effectués personnellement, ce qui est interdit en France à l'exception des radiologues et de leurs manipulateurs, et des médecins biologistes et de leurs laborantins, alors qu'aux États-Unis, un technicien peut réaliser matériellement l'acte qui sera ensuite revu avec lui par le médecin qui signera la conclusion ;
- des erreurs répétées de date dans l'exécution des actes ;
- des actes fictifs, jamais exécutés ;
- des actes tellement fictifs qu'ils sont cotés pour des patients n'ayant jamais fréquenté le cabinet du praticien (actes réalisés en tiers payant), etc. ;
- mais aussi des « consultations » cotées en « visites », des feuilles de soins mal remplies ;
- des abus de prescription ;
- des traitements fictifs ;
- des abus de prescription d'arrêts de travail ou de cures.

On peut imaginer que toute erreur est pardonnable, quitte à faire l'objet d'une demande de correction, et que la Sécurité sociale ne se lancera certainement pas dans une telle action disciplinaire s'il existe une erreur vénielle de temps en temps, mais que c'est la répétition de ces erreurs ou la survenue de manquements graves qui vont déclencher des poursuites.

Sera également concernée par cette procédure une violation de la loi Talon relative aux prescriptions médicamenteuses en vue de l'amaigrissement (voir fiche 89).

Ce contentieux concerne enfin des actes « mal effectués », à savoir des examens itératifs non justifiés, des comptes rendus « bâclés », des erreurs grossières dans l'interprétation, tous examens dont la Sécurité sociale estimera qu'ils ne réunissent pas les critères de qualité technique suffisants pour donner lieu à un remboursement de la part de la caisse.

Ce contentieux technique est différent de la compétence du TASS, tribunal des affaires de sécurité sociale, qui « dit le droit » et tranchera sur la validité d'une cotation, objet éventuel de contestation entre le médecin et la section disciplinaire des assurances sociales. Celle-ci devrait donc logiquement surseoir à statuer en attendant que le TASS lui dise la règle qu'il faut suivre pour statuer... Logique, mais il semble que, de façon assez incompréhensible, ce ne soit hélas pas l'habitude (Paley-Vincent C., in : *Responsabilité du médecin*, Masson, 2002).

Sur ces bases, il apparaît dès lors parfaitement inconcevable qu'une instance disciplinaire ne respecte pas une logique élémentaire et prononce une condamnation sur une règle non établie et en discussion, en violation des principes fondamentaux du droit, et notamment le fait que « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 8, 26 août 1789).

Les sanctions sont prévues par l'article L.145-2 du Code de Sécurité sociale : avertissement, blâme, interdiction temporaire de donner des soins à des assurés sociaux, remboursement de trop-perçus dans les situations d'abus d'honoraires ou de mauvaises formulations de prescriptions hors AMM.

Depuis le décret du 6 décembre 1996, la notion de sursis est apparue dans ces condamnations.

L'appel de ces décisions doit être interjeté dans le mois qui suit la notification de la décision, un pourvoi sera formé devant le Conseil d'État dans un délai de deux mois, mais n'aura pas d'effet suspensif.

Dans des cas très exceptionnels, une suspension – renouvelable – peut être prononcée par le conseil régional par application des articles L.4124-11 et R.4124-3 du Code de la santé publique, pour « état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession ». Une telle décision ne sera prononcée qu'après avis d'un collège de trois experts spécialisés, désignés l'un par l'intéressé ou ses proches, l'autre par le conseil départemental, et le troisième par les deux premiers.

À retenir

Les litiges concernant la cotation des actes peuvent donner lieu à des sanctions réelles et doivent être pris au sérieux, même si depuis la mise en place de la CCAM, il n'est pas toujours simple de s'y retrouver. Mais les litiges vrais portent non pas sur des erreurs « matérielles », mais sur des anomalies répétées et qui peuvent être considérées comme frauduleuses par la caisse de Sécurité sociale.

Pour en savoir plus

Bouer E. Le contrôle médical de la Sécurité sociale. GAMM Info ; 15-5.

Quelles sont les contraintes et les obligations sanitaires en matière de déchets médicaux ?

Les déchets médicaux regroupent :

- les **DASRI** : déchets d'activités de soins à risque infectieux ;
- les **DASRIA** : déchets d'activités de soins à risque infectieux et assimilés.

La réglementation de cette question est assurée par l'article R.1335-2 du Code de la santé publique, qui dispose : « Toute personne qui produit des déchets définis à l'article R.1335-1 est tenue de les éliminer. Cette obligation incombe :

- à l'établissement de santé, l'établissement d'enseignement ou l'établissement industriel, lorsque ces déchets sont produits dans un tel établissement ;
- à la personne morale pour le compte de laquelle un professionnel de santé exerce son activité productrice de déchets ;
- dans les autres cas, à la personne physique qui exerce l'activité productrice de déchets. »

Le décret n° 97-1048 du 6 novembre 1997 régit l'élimination des déchets d'activités de soins à risques infectieux (DASRI). Ce texte précise que **la responsabilité de l'élimination des DASRI produits dans le cadre du traitement à domicile incombe à la personne physique qui exerce l'activité productrice de déchets. Ainsi, les patients, comme les diabétiques qui pratiquent eux-mêmes les soins, sont responsables de l'élimination** (conditionnement, collecte et traitement) des déchets produits dans le cadre de l'autotraitement.

Ainsi, tout producteur de déchet d'activités de soins à risque infectieux (DASRI), **y compris les patients concernés**, qui ont donc finalement les mêmes obligations que les médecins et établissements de soins, doivent les éliminer ou établir une convention pour faire éliminer de façon réglementaire leurs déchets potentiellement septiques.

D'après l'arrêté du 23 novembre 2003, modifié le 20 avril 2006, les DASRI doivent être séparés des autres déchets dès leur production (art. R.1335-5) :

- dans des conteneurs spécifiques à usage unique, étiquetés d'après l'arrêté du 6 janvier 2006 modifiant l'arrêté du 24 novembre 2003 (art. R.1335-6) ;
- emballages et cartons doublés de sacs plastiques, boîtes et microcollecteurs (les autres conteneurs peuvent être des fûts ou jerricans, mais sont rarement utilisés en santé au travail) et grands emballages collecteurs réutilisables.

Le producteur de déchets est responsable de ses déchets jusqu'à leur destruction. L'employeur pourra confier leur transport et leur élimination à un prestataire. Il sera établi un contrat entre les deux parties, précisant les types de déchets, les collecteurs et leur remplacement, la fréquence d'enlèvement, la durée du contrat et les tarifs.

D'après l'article R.1335-1 du Code de la santé publique, sont considérés comme DASRI :

- matériel piquant, coupant, tranchant, comme les aiguilles, les scalpels, les rasoirs ;
- déchets mous : compresses, pansements, coton ou objet en contact avec du sang ;
- matériel à impact psychoémotionnel (gants, seringues) ;
- déchets anatomiques, morceaux de peau...

Les modalités du stockage sont réglementées selon la quantité de déchets produite par mois. Ainsi, suivant les besoins, directement en rapport avec la quantité produite, la fréquence d'enlèvement des déchets s'effectue par mois ou par trimestre :

- en dessous de 5 kg par mois : 3 mois au maximum de stockage, évacuation trimestrielle ; les déchets doivent être maintenus à l'écart des sources de chaleur, et non visibles du public ;
- au-delà de 5 kg par mois : la réglementation autorise un maximum de stockage de 7 jours, imposant donc une évacuation hebdomadaire des déchets. Ils doivent être entreposés dans un local fermé à clé, ventilé et éclairé, à l'écart des intempéries, facilement accessible à la détersion.

Le texte officiel est présenté en annexe 7.

À retenir

La gestion des déchets à risque infectieux répond à des règles législatives dont la carence engage la responsabilité du contrevenant. Certaines spécificités imposent de se renseigner auprès des organismes compétents afin de connaître précisément les indications relatives au mode d'exercice de chacun.

Quel est l'avenir professionnel du médecin condamné ?

En cas de condamnation disciplinaire

Un avertissement ou un blâme sont des condamnations destinées à attirer très significativement l'attention du médecin ainsi sanctionné sur sa faute et lui faire comprendre la gravité des faits pour lesquels il avait été poursuivi, dès lors qu'il en a été reconnu coupable.

Une suspension d'exercice revêt une autre gravité, car il est interdit dès lors au médecin, pendant tout le temps de sa suspension, de donner le moindre soin :

- même gratuit ;
- même si la condamnation n'a pas sanctionné un fait contraire au Code de déontologie dans la question des rapports médicaux avec les malades mais une question relative à une cotation d'actes ;
- même si la sanction est une privation de droit de donner des soins « à des assurés sociaux ».

Cette interdiction s'exercera donc tout le temps de la condamnation.

On se doit également dans ce cadre d'évoquer les suspensions temporaires qui sont prononcées non pour raison disciplinaire mais par application des articles L.4124-11 et R.4124-3 du Code de la santé publique concernant un « état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession ». Il semble que cette décision soit prononcée de façon très exceptionnelle et dans des situations particulièrement « aiguës ». Une telle décision sera précédée de l'avis de spécialistes compétents intervenant comme experts.

Exercer sans autorisation, c'est comme conduire sans permis ! Et c'est en outre un exercice illégal de la médecine... Autant dire qu'il est plus que vivement déconseillé de se livrer à ce genre de comportement, qui peut avoir finalement des conséquences d'une extrême gravité !

En cas de condamnation civile

La nature de la condamnation est financière, sans autre conséquence, et l'indemnisation est assurée par l'assurance. Le médecin pourra donc, sauf à être l'objet de condamnations d'autres juridictions par ailleurs, par exemple sur une action pénale conjointe, exercer librement comme antérieurement. Il subira en revanche, outre le sentiment de culpabilité lié à l'établissement de la faute, un contrecoup indirect du versement indemnitaire par son assureur sous la forme d'une majoration de ses primes d'assurance.

En cas de condamnation de l'hôpital par le juge administratif

L'hôpital condamné par la juridiction administrative peut exercer une action récursoire auprès de son agent ainsi jugé défaillant, et lui demander le remboursement des sommes versées par l'assureur de l'hôpital. La question de l'assurance n'est plus vraiment d'actualité puisque cette mesure de précaution élémentaire est maintenant une obligation (loi du 4 mars 2002), et il n'est pas raisonnablement envisageable de s'y soustraire. Par ailleurs, s'il n'est pas statutaire mais simple vacataire, l'avenir de ce praticien peut éventuellement devenir très incertain au terme de ce type de dossier.

En cas de condamnation pénale

Les peines de prison ferme sont absolument exceptionnelles mais pas inexistantes, comme l'ont montré plusieurs procès retentissants tel celui de l'affaire dite « du sang contaminé ». Les condamnations à la prison sont prononcées avec sursis dans l'immense majorité des cas. Elles n'entravent donc pas l'exercice professionnel. Les condamnations à des peines d'amende constituent une sanction financière qui, rappelons-le, ne sera jamais prise en charge par l'assurance. Les dommages et intérêts seront versés à la victime au titre de l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'infraction, mais ne constitueront pas l'indemnisation éventuelle du handicap, envisageable seulement en cas de constitution de partie civile.

À retenir

La vraie question tient donc, outre l'aspect pénal, à la publication de la sanction, affichée à l'Ordre, mais rendue publique de fait, par la simple impossibilité pour les patients de prendre rendez-vous avec leur médecin, une suspension de trois mois à l'automne pouvant difficilement être présentée comme un week-end prolongé... En cela les médecins exerçant en province voire à la campagne sont défavorisés, les citadins bénéficiant dans ce contexte de l'avantage de l'anonymat des grandes villes.

Quelles sont les raisons médicales et les motivations juridiques de la mise en cause de la responsabilité médicale ?

Les mécanismes de la responsabilité doivent être connus, mais il est également indispensable d'aborder les causes profondes de notre mise en cause par les tribunaux, tant au plan des circonstances médicales que des motivations juridiques. Cette analyse a porté sur 5 500 dossiers de compagnie d'assurance qui ont été étudiés, et environ 340 expertises judiciaires dans lesquels on pouvait évaluer les divers stades de la démarche judiciaire au fil des années et des procédures.

C'est donc à travers ce travail une évaluation à la fois transversale et longitudinale du risque de mise en cause de notre responsabilité qui a été étudiée.

Le matériel utilisé dans ce travail se compose :

- des résultats publiés par le GAMM, dans les divers numéros annuels du supplément de la revue *Responsabilité*, sur les sinistres enregistrés ;
- d'une analyse des dossiers relatés ayant fait l'objet d'expertise judiciaire et ayant été suivis sur le long de leur parcours pour arriver parfois au pourvoi en cassation ;
- de dossiers personnels d'expertise judiciaire ;
- d'éléments de jurisprudence de *La Gazette du Palais* ou de *AJDA* ;
- et de dossiers fournis par des collègues experts judiciaires, qui ont bien voulu m'ouvrir les portes de leurs armoires. Qu'ils en soient vivement remerciés.

Par souci de diversification des pratiques et donc des risques, l'évaluation des dossiers a été faite sur les activités de :

- médecine générale ;
- rhumatologie ;
- gastroentérologie ;
- cardiologie.

Il apparaît que la responsabilité médicale est d'autant plus recherchée dans des situations qui sont largement exposées au début de cet ouvrage (voir fiches 6 et 7), à savoir des situations créant ou pouvant laisser se créer des conflits.

L'analyse précise de la recherche de circonstances ayant donné lieu à instance et des motivations judiciaires ayant donné lieu à condamnation est importante car elle établit de façon analytique non plus seulement les circonstances médicales pouvant donner lieu à conflit, mais les motivations juridiques des magistrats pour condamner les médecins et les chirurgiens au nom de leur responsabilité. Cette étude est ici purement descriptive et ne constitue pas une analyse juridique.

Tableau 117.1
Jurisprudence toutes disciplines

	Motif	Expt	%	TGI	%	CA	%	total	%
Aléa	8	6	2,4	6	2	3	3	15	2,42
Pas de faute	22	18	7,3	19	7	10	9	47	7,6
Imprudence	20	34	14	35	14	13	11	82	13,2
Ins moyen	23	42	47	42	16	14	12	98	15,8
Ins résultats	4	3	1,2	6	2	3	3	12	1,94
Deft surv	25	22	8,9	25	10	13	9	60	9,69
Faute malade	3	6	2,4	1	1	1	1	8	1,45
Éthique	1	1	0,4	2	0	1	1	4	0,48
Deft d'organisation	4	7	2,8	6	2	4	3	17	2,74
Erreurs TTT	5	4	1,9	8	3	2	2	14	2,26
Non diag	21	25	10	26	10	14	12	65	10,5
Faute technique	19	20	8,1	20	8	9	8	49	7,92
Infection	6	9	3,7	7	3	6	5	22	3,55
Information	15	22	8,9	22	9	11	9	55	8,89
Perte de chance	22	27	11	31	12	13	11	71	11,5
Divers			0				0	0	0
Total	198	246	99,7	256	99	117	99	619	99,94

Tableau 117.2

Évaluation juridique de la faute : le point de vue de l'assureur, de l'expert et des juridictions

	ASSUR	Exp Cardio	Exp non CV	Expertise totale	TGI	CA	CC	Moyenne judiciaire
Nombre de décisions		191	150	341	162	68		230
Aléa		3,1	3,9	3,5	3,7	4,4	1	4,05
Pas de faute		17,3	11,8	14,8	11,7	14,7	1	13,2
Imprudence		27,7	22,7	25,3	21,6	19,1	3	19,9
Ins de moyens		29,3	27	28,5	25,9	20,6		23,3
Insuff résultats			2	0,87	3,7	4,4		4,05
Information		14,6	14,4	14,5	13,6	16,2		14,9
Éthique		2,1	0,65	1,45	0,6	1,5		1,05
Perte de chance		5,8	17,6	11	19,2	19,1	1	19,1

Les chiffres de l'évaluation sont exprimés en pourcentage

Elle permet néanmoins de percevoir que les conseils donnés notamment dans les deux chapitres évoqués ci-dessus correspondent non seulement au bon sens mais également à la traduction objective de la réalité du risque judiciaire pour le médecin, classant les résultats par circonstance médicale et concept de faute juridique.

Les deux postes principaux des déclarations concernent des accidents survenus dans le cadre d'une part de défaut de surveillance, et d'autre part d'erreurs dans la conduite thérapeutique. C'est en tous cas dans ces termes que les déclarations ont été faites auprès de la compagnie d'assurance.

Mais c'est surtout les données du [tableau 117.1](#) qui apportent des éléments fondamentaux : on s'aperçoit que si les déclarants ont un point de vue, le point de vue initial de l'expert est souvent bien différent et sera globalement suivi au cours des diverses étapes de la vie judiciaire du dossier, les points de vue étant – à de rares exceptions près – pérennisés par les magistrats successifs. Cela montre une fois de plus l'importance fondamentale de l'expertise dans la décision, et de ce fait la nécessité de préparer cette expertise et d'y aller bien entouré et bien assisté. Conscients de la charge qui pèse sur eux, les experts ont à cœur de faire preuve de modestie dans la rédaction de leurs rapports, pour ne pas se dire, au-delà d'un point de vue technique : « Oh, c'est inconcevable ! », mais « Et moi, dans ces conditions d'exercice-là, qu'aurais-je fait ? »

La similitude de points de vue concerne tout d'abord les cinq premières lignes de ce tableau que l'on pourrait qualifier de « qualification juridique » : aléa, imprudence, insuffisance de moyens ou de résultats.

Tableau 117.3

Évaluation médicale de la faute : le point de vue de l'assureur, de l'expert et des juridictions

	ASSUR	Exp Cardio	Exp non CV	Expertise totale	TGI	CA	CC	Moyenne judiciaire
Nombre de décisions	5539	191	150	341	162	68		230
Défaut de surveillance	35,2	31,8	29	30,6	32	31		31
Erreur diag ou démarche	20,8	34,5	32,9	33,9	33	33		33
Exploration/ Acte technique	21,1	25,4	26	25,8	25,2	21,4	1	23
Infection	4,4	8,2	11,8	9,7	9	14,3		11,7
Chute	5							
Divers	10,2							1,3
Information	2,6							
Éthique	0,54							

Les chiffres de l'évaluation sont exprimés en pourcentage

La vision diffère en revanche concernant l'évaluation médicale avec une approche en général plus sévère du TGI, suivant en cela de très près les conclusions de l'expert, et une majoration de la proportion de qualification d'aléa ou de non-reconnaissance de la faute par la cour d'appel, ayant de fait un positionnement plutôt plus clément, en tous cas au vu des documents dont nous avons pu disposer pour ce travail. Cette constatation n'a pas forcément de valeur scientifique mais le nombre des dossiers étudiés permet néanmoins de tirer des conclusions.

Les deux [tableaux 117.2](#) et [117.3](#) concernent la synthèse des résultats pour l'aspect juridique d'une part, l'aspect médical d'autre part, cette fois sur 340 expertises judiciaires et le suivi des dossiers sur le trajet judiciaire, jusqu'en cassation pour 1,9 % d'entre eux.

L'insuffisance de moyens, l'imprudence et le défaut d'information arrivent assez largement en tête des concepts juridiques de la condamnation par le juge civil.

Au plan purement médical, défaut de surveillance, erreur diagnostique et litige portant sur une exploration complémentaire ou un acte technique sont les axes privilégiés constituant des circonstances de condamnation. Chacun pourra extrapoler, selon sa pratique propre, sur les risques inhérents à sa spécialité et les éléments spécifiques de son domaine.

Ce travail constitue la plus grande série connue analysant ces paramètres.

À retenir

Les conclusions s'imposent d'elles-mêmes :

- les mesures préventives techniques sont fondamentales : parfaite connaissance de son domaine d'activité, prudence dans les gestes et les démarches ;
- les griefs relatifs au devoir d'information justifient toute notre attention, car c'est là un moyen bien facile d'éviter des soucis ;
- les moyens suffisants doivent être utilisés à bon escient pour la gestion de nos dossiers, car le reproche d'incompétence est beaucoup plus rarement fait que le reproche d'insuffisance de moyens.

Pour en savoir plus

Revue *Responsabilité*, numéros spéciaux concernant les dossiers de responsabilité.

Sicot C. Dix ans de mise en cause de la responsabilité médicale. *Concours Med* 1995 ; 117 (37) : 3012-3.

Un officier de police judiciaire, un magistrat, un procureur de la République, *a fortiori*, peuvent réquisitionner tout citoyen pour lui prêter assistance. Le médecin n'échappera pas à cette possibilité, notamment du fait de sa profession, qu'il soit libéral ou hospitalier (Ch. crim., 18 juin 1927).

Dans la pratique, les réquisitions existent le plus souvent dans le cadre hospitalier pour examiner un sujet en état d'ivresse, ou constater des coups et blessures, ou encore pour examiner une victime de viol. L'article 4163-7, alinéa 2, du Code de la santé publique précise que le refus d'obtempérer à cette réquisition est puni d'une amende de 3 750 €. Le médecin s'expose alors également à des poursuites ordinaires. Il n'est pas spécifié dans les textes organisant cette disposition que l'acte sollicité doive obligatoirement s'inscrire dans la spécialité médicale du médecin ainsi requis, l'urgence pouvant imposer une situation. La seule possibilité pour un médecin de se soustraire à cette contrainte est d'être requis en vue d'examiner un de ses patients, dont il connaît le dossier et donc des éléments soumis au secret alors que, requis par l'autorité judiciaire, il doit collaborer intégralement avec elle sans rien lui cacher. Ce risque de conflit de loyauté doit logiquement pouvoir exonérer le praticien de son obligation (Harichaux).

La loi 2004-204 du 3 mars 2004, dite « loi Perben II », prévoit dans les articles 60-1 et 77-1-1 du Nouveau Code de procédure pénale la possibilité pour un officier de police judiciaire ou le procureur de la République de requérir « toute personne physique ou morale susceptible de détenir des documents intéressants, et de lui remettre ces documents sans que puisse lui être opposée sans motif légitime l'obligation au secret professionnel ». Ce texte prévoit que la saisie de documents médicaux ne peut, dans ce schéma, intervenir qu'avec l'accord du médecin. Le conseil départemental des médecins de la ville de Paris a rappelé dans son bulletin n° 97 de juin 2006 « qu'il convient d'opposer le secret professionnel à ces réquisitions, la remise de documents médicaux ne pouvant avoir lieu que dans le cas de saisie ou de perquisition », et ce exclusivement en présence d'un membre du Conseil de l'Ordre chargé de contrôler la régularité de la saisie dans le cadre du respect du secret, et non sur simple réquisition policière.

Dans cette hypothèse, les médecins qui remettraient des documents en dehors de ce cadre très défini s'exposeraient aux peines prévues au plan ordinaire et pénal (art. 226-13 CP et R.4127-4 CSP) pour violation du secret.

À retenir

Tout individu doit satisfaire à une réquisition, celles touchant les médecins étant le plus souvent en rapport avec un examen réalisé aux urgences des hôpitaux. Mais ces réquisitions peuvent se situer dans un cadre libéral. On rappelle l'importance capitale du respect des règles en matière de saisie ou de perquisition, face au risque de violation du secret, concernant notamment les nouvelles dispositions de l'article 77-1-1 du Nouveau Code de procédure pénale.

Doit-on déférer à la convocation d'un magistrat ?

Oui, la réponse est sans ambiguïté, au risque de tomber sous le coup des articles 122 et suivants du Code de procédure pénale visant les refus de comparution devant une juridiction.

Ce qui sera dit au magistrat est une autre chose. Le médecin est soumis au secret médical dans tout ce qu'il aura « appris, vu ou compris » dans le cadre de son exercice professionnel. Avant de répondre aux questions du magistrat, il devra évaluer dans quelles conditions et circonstances il a eu connaissance des éléments sur lesquels il lui est demandé de témoigner. L'appartenance d'un de ces éléments au secret le forcera à se taire (voir fiche 23).

À retenir

Oui, sans réserve, au risque de tomber sous le coup des articles 122 et suivants du Code de procédure pénale, mais le médecin devra se retrancher derrière le secret médical chaque fois qu'il sera interrogé sur des faits couverts par celui-ci, personne ne pouvant le libérer de cette charge.

Quelles sont les situations dans lesquelles le médecin peut être confronté à la justice ?

Un médecin peut être confronté à la justice dans plusieurs types de situation :

- **réquisition** : il doit y satisfaire (voir fiche 118) ;
- **témoignage** : il doit déférer à la convocation du juge ou de l'autorité qui le convoque mais ne devra témoigner que sur des éléments qui ne sont pas soumis au secret médical (voir fiche 121) ; à ce titre, l'expert judiciaire peut être amené à témoigner en matière pénale, dans le cadre de l'explication de son rapport. Cette éventualité s'inscrit dans les apports de la loi du 5 mars 2007 relative à l'extension des droits de la défense. Cette convocation peut également être formulée par un magistrat civil afin que l'expert explique la position qu'il adopte, et qu'éventuellement des précisions lui soient demandées à l'audience par les parties ;
- **mise en cause de sa responsabilité professionnelle**, avec recherche d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux premiers points, indispensable pour que sa responsabilité puisse effectivement être engagée :
 - de façon générale, dans les divers domaines qui sont analysés au long de cet ouvrage, à savoir les responsabilités disciplinaire, civile, pénale, et administrative ;
 - plus spécifiquement, non-respect des règles relatives à l'expérimentation sur la personne humaine ;
 - **concernant l'aspect pénal**, toutes les causes d'implication face à cette juridiction (voir fiche 79) ;
 - **publication de faux résultats** lors de la communication de travaux ;
 - **plagia** de confrères dans le cadre de publication de travaux lors de congrès ou d'articles scientifiques.

À retenir

De nombreuses situations peuvent donner lieu à un contact entre médecin et justice, certaines étant strictement médicales « praticiennes », d'autres relevant plus d'un aspect scientifique ou universitaire.

Le médecin peut-il témoigner librement devant la justice ?

Le secret professionnel est immuable et, en dehors des cas prévus – imposés ou autorisés – de transgression (voir fiche 23), il reste absolu. Il concerne tout ce que le médecin aura « vu, entendu ou compris » au cours de son exercice professionnel auprès de ses patients. Ce principe est applicable en toutes circonstances, car nul ne peut relever le médecin de son secret, pas même un magistrat. En effet, le secret médical est une notion d'ordre public, dont la violation est un délit passible d'un an de prison et de 15 000 € d'amende. La transgression de ce secret constitue une infraction à la législation et le patient – même lui – ne peut autoriser cette transgression des règlements d'ordre public.

En conséquence, le médecin devra se retrancher derrière la barrière du secret chaque fois qu'il estimera que les questions posées concernent des éléments dont il a eu connaissance dans le cadre de son exercice professionnel. Il devra alors indiquer au juge d'instruction, à l'officier de police judiciaire l'interrogeant sur commission rogatoire d'un magistrat, ou aux magistrats d'une chambre correctionnelle ou d'une cour d'assises, que les informations demandées ont été connues par lui « dans le cadre de son exercice professionnel », cette règle devant s'appliquer de façon très large, que ces informations concernent des éléments « banals » de la vie privée du patient ou *a fortiori* des éléments sur sa maladie ou des confidences reçues par le médecin.

Pour autant, « tout médecin est tenu de déférer aux réquisitions de l'autorité publique » (art. 367 CSP), règle absolue à laquelle il devra de toutes façons se soumettre, au risque de tomber sous le coup du Code pénal concernant les refus de témoignage. **Il se présentera donc, avec faculté de ne pas délivrer les informations sollicitées si elles concernent des éléments couverts par le secret.**

Le médecin peut en revanche être délivré de certains aspects du secret lorsque, pour assurer sa défense devant un tribunal, il doit faire état d'éléments en rapport avec sa pratique à l'égard d'un de ses patients.

À retenir

Le médecin est tenu de répondre à une convocation d'un magistrat, mais il ne pourra répondre aux questions posées que si celles-ci ne concernent pas des éléments couverts par le secret, dont ni le patient ni le magistrat ne peuvent le délier.

VII

Expertise

« Je ne juge pas, je raconte. »
Montaigne

122	Qu'est-ce qu'un expert judiciaire ?	271
123	Qu'est-ce qu'un médecin de recours ?	274
124	Quel est le rôle du médecin conseil d'assurance lors d'une expertise ?	276
125	Comment se déroule une expertise judiciaire en matière civile ?	277
126	Comment se déroule une expertise devant les CRCI ?	279
127	Pourquoi peut-il être nécessaire de récuser un expert ?	281
128	Qui assiste à une expertise ?	283
129	Qu'est-ce qu'une contre-expertise ?	284
130	Qui peut demander une contre-expertise ?	286
131	Peut-on contacter l'expert si on le connaît bien dans un dossier où notre responsabilité est recherchée ?	287
132	Qu'appelle-t-on « règle du contradictoire » ?	288
133	Quelle est la responsabilité du médecin expert ?	290
134	Qu'appelle-t-on « triade de la responsabilité » ?	293
135	Le magistrat est-il tenu par les conclusions de l'expert ?	294

136	Qu'est-ce que l'expert attend du juge ?	296
137	Qu'est-ce que le juge attend de l'expert ?	297
138	À quelles questions devra répondre l'expert désigné par un magistrat ?	298
139	En quoi la loi du 5 mars 2007 modifie-t-elle le travail de l'expert judiciaire dans des instances pénales ?	300
140	Le médecin de compagnie d'assurance peut-il être inscrit sur une liste de médecins experts près une juridiction ?	303

Qu'est-ce qu'un expert judiciaire ?

Critères

Être expert judiciaire n'est pas un métier. C'est une fonction, qu'un professionnel reconnu par l'autorité judiciaire, « expérimenté dans un art, une science, une technique ou un métier » (Code de déontologie de l'expert judiciaire), exercera à la demande d'un magistrat qui l'aura désigné, dans le but d'apporter au tribunal la compétence technique que celui-ci ne peut avoir en tous domaines. L'expert judiciaire prête serment une fois pour toutes devant les hauts magistrats qui l'ont « inscrit » sur la liste de leur cour d'appel (figure 122.1).

L'expert judiciaire doit pouvoir faire état d'une compétence incontestable dans son domaine professionnel. Par ailleurs, comme tout médecin, il doit pouvoir faire état d'une formation permanente dans son domaine « technique » mais également d'une compétence procédurale et d'une formation permanente dans le domaine de l'expertise.

Un expert judiciaire est inscrit sur une liste établie lors de l'assemblée générale extraordinaire de la cour d'appel de son lieu d'exercice professionnel. Cette inscription, autrefois définitive en l'absence de sanction disciplinaire, est maintenant quinquennale renouvelable, avec une période probatoire de deux ans. L'expert peut alors être « désigné » par un magistrat dans un dossier.

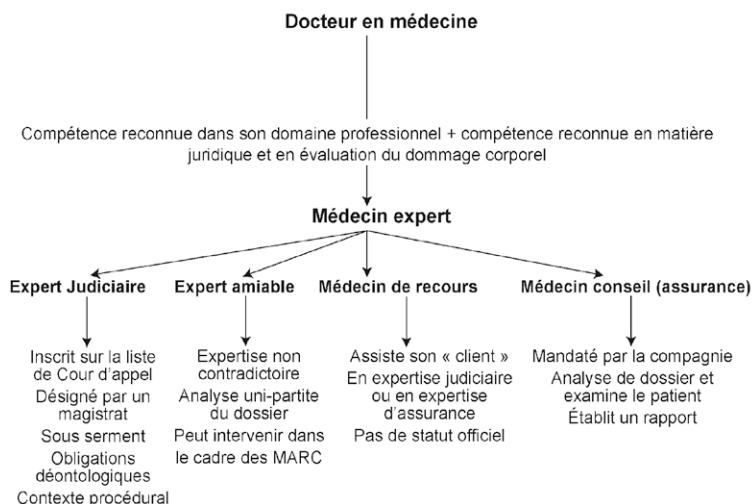


Figure 122.1
Les médecins experts.

Toutefois, « le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations ou par une expertise sur une question de faits qui requiert les lumières d'un technicien » (art. 232 NCPC).

La juridiction administrative dispose également d'une liste d'experts agréés par elle, dans les mêmes domaines que la juridiction judiciaire. Les conditions d'inscription sont *grossa modo* les mêmes, et il faudra montrer une compétence dans son domaine professionnel et une compétence dans le domaine expertal. À ce titre, le fait d'être déjà expert judiciaire sera d'autant plus un apport que l'on pourra faire montre de son expérience, d'une part, de sa façon de rédiger et d'aborder la notion de procédure, d'autre part.

On sera expert près la cour d'appel de X, ou près la cour administrative d'appel de Y, cette dernière appellation ayant remplacé l'ancienne qui était « expert près le tribunal administratif de Z, cela afin de maintenir une homogénéité entre les deux ordres, judiciaire d'une part, administratif d'autre part.

Formation de l'expert

La formation d'un expert judiciaire est donc celle d'un professionnel de très bon niveau qui doit maîtriser les difficultés de sa profession, complétée d'une formation juridique assurée par des structures reliées à la fédération des experts judiciaires, notamment. Sa compétence et son autorité doivent être reconnues et non contestées. Les missions qu'il reçoit peuvent se situer dans le domaine civil ou pénal. La formation permanente obligatoire touche tout naturellement les deux domaines de son activité : l'activité médicale, d'une part, l'activité expertale, d'autre part. Elle lui apporte et met à jour des connaissances juridiques de base et une bonne connaissance de la procédure, lui permettant d'éviter des vices de forme qui pourraient entraîner la nullité de son action et retarder d'autant la « manifestation de la vérité » : « Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du [NCPP] ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne » (art. 171 NCPP).

Éthique de l'expert

Un expert devra se « déporter » s'il estime que la mission est étrangère à son domaine de compétence (art. 106 CDM) ou qu'il existe ou peut exister un « conflit d'intérêt » (voir fiche 127). Dans les cas litigieux, l'expert devra contacter le magistrat pour s'en entretenir avec lui. En cas de manquement au Code de déontologie de l'expert judiciaire, celui-ci est passible de sanctions, voire d'une radiation qui est prononcée par l'assemblée générale de la cour d'appel qui l'avait « inscrit ».

Son impartialité doit être aussi incontestable que sa compétence, ses rapports doivent, pour éclairer valablement le magistrat, être précis, et ses conclusions doivent être clairement motivées mais aussi fondamentalement compréhensibles par des non-médecins que sont les magistrats, les avocats et les justiciables. Il peut également exprimer des doutes, lorsqu'il lui est impossible de trancher. Il n'a pas pour fonction de se substituer au juge, mais de lui apporter l'éclairage technique que celui-ci ne possède pas, afin de l'aider à rendre sa décision.

Il ne fait pas de droit mais donne un éclairage technique à une matière inconnue des parties et du magistrat. Il analyse, traduit et rédige.

À retenir

Être expert judiciaire n'est pas un métier, c'est une fonction d'assistance technique à la justice dans le cadre d'une profession que l'on est censé particulièrement bien connaître, avec des connaissances juridiques notamment de procédure. L'expert prête son concours technique à la justice, il est soumis à des règles de fonctionnement et de déontologie strictes, et doit s'astreindre à une formation permanente. Au même rang que la compétence, l'indépendance et l'impartialité sont les règles absolues de son action.

Qu'est-ce qu'un médecin de recours ?

La possibilité matérielle pour une victime d'être assistée lors des opérations d'expertise a été clarifiée par la loi Badinter du 5 juillet 1985 sur les accidents de circulation.

Le rôle du médecin de recours se situe dans le cadre de l'expertise judiciaire (voir figure 123.1). Il constitue pour les parties (en pratique, le plaignant) une **assistance technique médicale**. Il n'a pas de mandat officiel, il n'a besoin d'être inscrit sur aucune liste d'experts pour remplir cette mission, simplement qu'on lui reconnaisse une compétence dans le domaine du litige. Une compétence juridique sera la bienvenue.

Il doit constituer l'articulation entre le demandeur et le monde médical, d'une part, le monde judiciaire, d'autre part, venant là en complémentarité du contact établi par l'avocat.

Le médecin de recours est rémunéré par son « client », le plaignant, et aura pour mission :

- de prendre connaissance du dossier préalablement à l'expertise judiciaire, et d'en tirer toutes conclusions sur l'état antérieur du patient, l'importance approximative du dommage, les chances de voir aboutir une action, ce qui lui permettra dans un premier temps d'évaluer l'opportunité de cette action contentieuse ;
- d'accompagner le demandeur à l'expertise, en intervenant lors du rendez-vous d'expertise pour argumenter en faveur de son client, repérant les points obscurs du dossier venant contre les intérêts de son client, et s'efforçant de les faire analyser lors de l'expertise ou de les soulever dans le cadre des « dires » à expert ;
- de rédiger une note, ou « compte rendu d'assistance à expertise », qu'il remettra au patient lequel le transmettra à son avocat.

En pratique, il joue le rôle de « contre-expert » privé, apportant la réplique voire la contradiction à l'expert judiciaire, parlant le même langage que lui avec les mêmes connaissances.

Les éléments contenus dans la « note » serviront à l'avocat pour étayer sa position à travers ses « conclusions ». De même, il sera à nouveau sollicité lorsque l'expert judiciaire aura rendu son prérapport, demandant aux parties d'établir leurs « dires », commentaires destinés à susciter des interrogations et des compléments de réflexion de toutes parts, et notamment dans le rapport final de l'expert judiciaire.

Être inscrit sur la liste des experts judiciaires n'interdit pas explicitement d'être médecin de recours, mais cette situation peut être très délicate et il est donc logiquement préférable de l'éviter.

Le médecin de recours peut également exercer son activité auprès de son « client » dans le cadre d'un contentieux avec une compagnie d'assurance,

concernant un litige portant sur l'état de santé du patient afin de déterminer si celui-ci correspond à la définition contractuelle de l'incapacité de travail propre au contrat.

À retenir

Le médecin de recours constitue l'appui technique du demandeur, volontiers un peu perdu entre son avocat et l'expert. Il aidera son client et l'avocat de celui-ci à trouver des arguments médicaux à faire valoir à l'expert.

Quel est le rôle du médecin conseil d'assurance lors d'une expertise ?

Le médecin conseil de compagnie d'assurance peut avoir trois rôles dans le cadre d'une expertise (voir figure 122.1) :

- **assister le médecin poursuivi par le patient** : il devra montrer à l'expert que la responsabilité professionnelle de son « client » (praticien ou établissement de soins) n'est pas engagée, au moins pas à la hauteur des prétentions du demandeur, et exposer au cours de ce rendez-vous les aspects techniques par lesquels il entend démontrer que son « client » a eu une attitude de soins conformes aux usages et exigences du moment (recommandations, consensus, etc.) ;
- **représenter la compagnie d'assurance mise en cause dans le règlement de prestations** : une partie non négligeable des dossiers judiciaires consiste à analyser l'état de santé d'un assuré en arrêt de travail ayant souscrit une assurance incapacité professionnelle et n'assurant plus le règlement de ses remboursements. L'expertise consiste alors à déterminer le bien-fondé éventuel de cet arrêt de travail, la date de consolidation et l'incapacité professionnelle. Ces éléments interviendront directement sur le fait de savoir qui de l'assureur ou de l'assuré a la position la plus fondée ;
- **assister un patient, demandeur à l'instance** : il intervient alors comme conseil du demandeur. Avant la procédure, il a rencontré le patient, pour procéder à un examen lui permettant d'avoir une évaluation personnelle sur le dommage, sur l'établissement d'une responsabilité et sur les possibilités d'indemnisation au bénéfice du demandeur. Il aura *a priori* procédé à deux examens sur le patient, un premier examen peu de temps après l'accident pour fixer les éléments initiaux, et un deuxième alors que les lésions seront consolidées. Il fera en sorte lors de l'expertise et dans ses « dires » adressés secondairement à l'expert de mettre l'accent sur certains détails qui peuvent faire pencher la balance en faveur de la cause qu'il appuie. Il a une fonction équivalente à celle du médecin de recours.

Il n'est pas convoqué à l'expertise, n'étant pas directement une des parties, mais il y est tout à fait admis, dès lors qu'il la représente par délégation et est dès lors fondé à intervenir dans les discussions.

À retenir

Le médecin conseil de compagnie d'assurance défend les intérêts de sa compagnie en évitant que le médecin poursuivi ne soit reconnu responsable, ce qui entraînerait le versement par l'assureur d'une indemnité au profit du patient. Il agira comme conseil technique afin d'argumenter auprès de l'expert judiciaire, tout comme, en face, le médecin de recours sollicité par le demandeur.

Comment se déroule une expertise judiciaire en matière civile ?

Une fois reçue la mission dans le cadre d'un jugement ou d'une ordonnance, l'expert judiciaire convoque les « parties » en RAR, les avocats étant informés par lettre simple. Les parties peuvent répercuter sur leurs conseils, à savoir les avocats et les médecins de recours. Dans la pratique et par souci de courtoisie, il est d'usage que l'expert contacte les avocats pour convenir avec eux d'une date qui convienne à tous, dans un délai « raisonnable », c'est à dire trois à quatre semaines. Mais attention, au cours de cette conversation téléphonique, pas un mot sur le fond, on ne parle que de date sur l'agenda, au risque de violer le principe du contradictoire du simple fait d'un entretien sur le fond du dossier.

La ponctualité au rendez-vous est de règle, ne serait-ce que pour ne pas créer de situation délicate par rapport à la règle du contradictoire, du fait du retard de l'une des parties. L'expert doit lire la mission et informer le demandeur de sa teneur et du fait qu'il sera examiné. L'expert fait viser par toutes les personnes présentes une feuille d'émargement précisant leur nom et fonction dans l'instance. Cette feuille sera annexée au rapport final, ou en tous cas son contenu défini dans le rapport.

L'expert reconstitue le déroulement de l'histoire clinique en se référant aux diverses pièces qui lui ont été communiquées et il y a échange de points de vue avec les parties et si besoin demande de précisions. L'avocat a une obligation déontologique de communication de pièces aux autres parties. Il est donc très vivement conseillé aux experts de n'accepter aucune pièce **directement** d'une partie au cours de l'expertise, mais de la faire passer matériellement par la main de l'avocat, qui de ce fait atteste par le fait même de son obligation professionnelle de communication de ce que la pièce a été ou sera communiquée aux autres parties, ce dont l'expert s'assurera néanmoins.

Les doléances du patient sont notées *in extenso*, sans interprétation ni commentaire.

L'examen clinique a lieu entre médecins, mais surtout en respectant la règle du contradictoire : si une seule partie est représentée par un médecin, l'examen aura lieu sans personne d'autre que le patient lui-même, car cette règle est formelle : il ne doit pas y avoir possibilité – ou crainte – que l'une des parties puisse avoir un entretien individuel avec l'expert hors la présence de l'autre.

Arrive le temps de la discussion, où tous les éléments sont analysés en fonction des questions de la mission et en y répondant avec les parties, certains points pouvant nécessiter une nouvelle discussion parfois âpre, pour parvenir à un avis. Mais, en tout état de cause, les conclusions seront celles de l'expert, et non celles des parties.

La conclusion reprendra succinctement les réponses apportées aux divers points de la mission. Il est fondamental que l'expert, avant de conclure, s'assure

que « personne n'a plus rien à ajouter », en le demandant explicitement, afin que la règle du contradictoire soit totalement respectée, et en le notant dans son rapport.

Un prérapport sera adressé aux parties qui disposeront en général d'un mois pour produire leurs commentaires (« les dires »), que l'expert intégrera au rapport concernant chaque point soulevé, dans le corps de son rapport ou à la fin de son rapport. Mais il doit toujours répondre à ces commentaires.

Le rapport définitif sera enfin adressé au greffe de la juridiction ayant désigné l'expert, en ayant pris soin de demander une prolongation en cas de nécessité mais en tout état de cause en respectant scrupuleusement les délais finalement impartis, avec copie aux parties ou à leur avocat.

Le dépôt du rapport dessaisit l'expert, qui ne peut alors plus en modifier un seul mot, sauf erreur ou omission purement matérielle (via une note additionnelle), toute étude complémentaire sur le fond ne pouvant s'envisager que dans le cadre d'un complément de mission ordonné par le magistrat.

À retenir

L'expertise judiciaire est toujours un moment particulièrement éprouvant, qui passe en revue tous les éléments du dossier afin de répondre aux nombreuses questions de la mission (voir fiche 140). Courtoisie réciproque, technicité, impartialité et respect du contradictoire sont des règles absolues tant pour les parties que pour l'expert, pour cette entrevue fondamentale pour la suite du dossier.

Comment se déroule une expertise devant les CRCI ?

L'expertise devant une « CRCI » (commission régionale de conciliation et d'indemnisation) est diligentée à la demande de la commission siégeant sous sa forme « indemnitaire » afin, de la même façon que si elle est décidée par voie judiciaire, d'éclairer la juridiction sur des aspects techniques qui lui échappent.

Les diverses CRCI sont regroupées géographiquement à :

- Bagnole : Île-de-France, Centre, Picardie, Haute-Normandie, Basse-Normandie, Bretagne, Pays de Loire, Picardie, Nord-Pas-de-Calais, Réunion, Guyane ;
- Lyon : PACA, Rhône-Alpes, Bourgogne, Languedoc-Roussillon, Auvergne, Corse ;
- Bordeaux : Aquitaine, Midi-Pyrénées, Limousin, Poitou-Charentes ;
- Nancy : Alsace-Lorraine, Champagne-Ardenne, Franche-Comté, Guadeloupe, Martinique.

L'expert est désigné à partir d'une liste établie par la CNAM (Commission nationale des accidents médicaux). À la dernière mise à jour sur le site de la CNAM, on peut constater que la liste nationale des experts en accidents médicaux comporte 288 noms, répartis suivant le profil de la figure 126.1. En cas d'impossibilité pour un expert d'accepter la mission, quelle qu'en soit la raison, les CRCI ont toujours la possibilité de se reporter à la liste des experts judiciaires du ressort concerné.

L'expert saisi par la commission dispose d'un délai de quatre mois pour rendre son rapport. Il peut être désigné de façon collégiale avec un coexpert qui assurera l'aspect « réparation du dommage corporel », le premier expert assurant une évaluation propre à sa spécialité. Au cas où il a été nommé sur la liste de la CNAM avec la double qualification, l'expert peut aussi être désigné comme unique

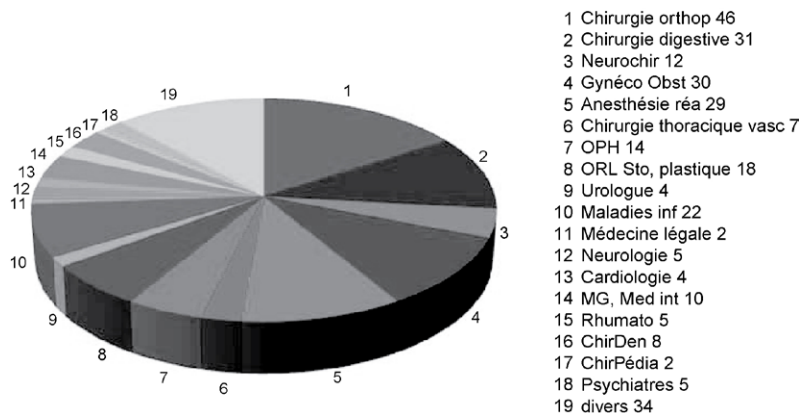


Figure 126.1

Répartition des experts agréés par la CNAMed selon les spécialités.

responsable des deux aspects de l'expertise. Enfin, des coexperts de spécialités différentes peuvent être désignés conjointement pour que leurs domaines de connaissance recoupent les diverses questions posées par la mission, tout comme en matière judiciaire.

L'expertise préalable constitue une évaluation du dommage corporel afin de savoir si le dommage correspond aux critères de sévérité d'IPP exigés pour que la commission puisse statuer dans le cadre de l'indemnisation de l'aléa. Rappelons que le seuil d'IPP a été fixé à 24 %, niveau au-delà duquel la demande du justiciable est recevable.

Les autres critères de sévérité sont rappelés à la question « CRCI » (voir fiche 153) :

- soit il existe une incapacité temporaire de travail de six mois consécutifs ou de six mois au cours des douze derniers mois ;
- soit il existe du fait de la situation des troubles graves y compris économiques (ce point concernant les personnes sans activité professionnelle, afin qu'elles puissent malgré tout tirer bénéfice du principe de l'indemnisation pour atteinte financière, laquelle ne peut se matérialiser ici par une cessation imposée d'activité du fait de la maladie) ;
- soit on constate un arrêt définitif de l'activité professionnelle.

En ce qui concerne le cas particulier des accidents liés à une infection nosocomiale, les critères sont les suivants :

- IPP supérieure à 24 % ;
- décès ;
- circonstances exceptionnelles.

L'expertise sur le fond interviendra secondairement afin de déterminer pour chaque point soulevé les circonstances, les causes, la nature, l'étendue du dommage, ainsi qu'une appréciation sur les responsabilités encourues.

L'expertise est convoquée par lettre recommandée avec AR, adressée aux parties « demandeur » et « mis en cause », avec mention explicite de la faculté de se faire assister par les personnes de leur choix et de communiquer tout document utile à l'expert.

Comme toujours, l'expert respectera les règles déontologiques propres à l'expertise médicale, en assurant notamment la ponctualité du dépôt, mais surtout, au-delà de son indispensable compétence, une impartialité et une objectivité parfaites au regard des parties concernées. Le dépôt du rapport dessaisit l'expert désigné.

De plus en plus souvent, les missions CRCI d'expertise comportent une demande d'évaluation du dommage selon la nomenclature Dintilhac (voir fiche 155).

À retenir

Les expertises CRCI ne diffèrent pas beaucoup des expertises judiciaires civiles, notamment dans les exigences de rigueur et d'impartialité. Elles consistent là aussi à faire le bilan du dossier et tenter de répondre aux nombreuses questions de la mission. Certains critères propres sont liés au mode de fonctionnement des CRCI.

Pourquoi peut-il être nécessaire de récuser un expert ?

Les experts peuvent être récusés soit de leur fait, soit du fait des circonstances ou de l'identité des parties.

La règle de base est que l'expert, judiciaire ou non, doit analyser un dossier en parfaite indépendance et impartialité.

L'expert doit se « déporter » de lui-même en cas de surcharge temporaire d'activité risquant de gêner le déroulement des opérations d'expertise, mais également si le domaine du dossier ne concerne pas sa spécialité ou si, même dans le cadre de sa spécialité, les questions posées concernent un domaine qu'il ne maîtrise pas. Il pourra éventuellement envisager d'assurer la mission en demandant au magistrat soit l'autorisation de s'adjoindre un sapiteur, soit la désignation d'un co-expert spécialisé dans le domaine très particulier qui lui est étranger. La récusation pour incompétence est prévue explicitement à l'article 26, alinéa 2 du décret du 31 décembre 1974.

Mais il se déportera aussi :

- en cas d'intérêt de lui-même ou de son conjoint à la contestation ;
- si lui-même, son conjoint et parents sont alliés d'une des parties... jusqu'au 4^e degré ;
- si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif, donataire ou administrateur des biens de l'une des parties ;
- s'il y a eu un procès entre l'une des parties et lui ou son conjoint ;
- s'il a soigné ou conseillé l'une des parties (« nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade » (art. 105-1 CDM) ;
- s'il y a eu ou s'il y a un lien de subordination entre lui ou son conjoint et l'une des parties. Ce point peut concerner la question de certains experts judiciaires qui sont souvent en relation avec des compagnies d'assurance intervenant elles-mêmes souvent dans des instances judiciaires : « Un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services » (art. 105-2 CDM) ;
- s'il y a amitié ou inimitié notoire entre l'expert et l'une des parties ;
- s'il est déjà intervenu comme arbitre dans le dossier.

Un dossier adressé récemment pour expertise mettait conjointement en cause un ami coronarographe, une clinique avec laquelle des liens de collaboration et d'amitié s'étaient établis depuis une vingtaine d'années et un service hospitalier avec lequel il avait des relations très cordiales anciennes. Tout naturellement, il y a eu changement d'expert.

Cette liste n'est pas exhaustive et on doit en comprendre, plus que la lettre stricte, l'esprit, qui doit permettre à l'expert de porter un avis en toute impartialité,

sans risquer d'être gêné par une antériorité ou une situation actuelle. Elles devront spontanément entraîner le déport de l'expert, qui prendra alors contact avec le magistrat l'ayant désigné. Une demande de récusation par les parties peut être déposée avant les opérations dès que l'identité de l'expert – et donc du lien litigieux – est connue, ou plus tard, au moment où ce lien est révélé ou suspecté.

À retenir

L'expert est désigné par le magistrat, mais il peut se récuser ou être l'objet d'une demande de récusation dans des situations où ses intérêts ou ceux de ses proches sont concernés, risquant d'aboutir à un conflit d'intérêt. La récusation peut concerner également une question de compétence, pour laquelle l'expert pourra demander cependant l'adjonction d'un sapiteur ou d'un coexpert. Cette liste n'est pas exhaustive et c'est en pratique, au-delà des questions de compétence et de disponibilité, toute situation dans laquelle l'impartialité de l'expert peut être mise en doute qui doit amener à sa récusation.

Les parties sont convoquées à l'expertise par lettre recommandée avec AR ; leurs avocats, avec qui il est de coutume de s'être entretenu pour fixer conjointement la date de l'expertise, sont eux prévenus par lettre simple, venant confirmer cet accord téléphonique.

Leur identification est simple puisqu'elles sont clairement désignées comme telles dans les documents juridiques.

Peuvent par ailleurs assister à l'expertise :

- le médecin traitant du patient ;
- le médecin conseil de chaque partie, patient et médecin en responsabilité professionnelle ;
- le médecin conseil de la société d'assurance du médecin incriminé ;
- des sachants, sollicités par l'expert ;
- dans certains cas (expertise de Sécurité sociale), le médecin conseil de la caisse.

Une expertise peut donc se dérouler en présence de vingt, voire vingt-cinq personnes, mais le plus souvent le rendez-vous se tient en présence d'une dizaine de personnes au plus.

À retenir

Assistent à une expertise les parties concernées et leurs conseils, avocats et/ou médecins conseils.

Qu'est-ce qu'une contre-expertise ?

Une première expertise diligentée ne répond pas aux demandes des parties malgré les dires communiqués au terme de l'envoi du prérapport et demandant des précisions sur les premiers éléments de l'avis de l'expert.

Les parties peuvent estimer qu'il n'a pas été répondu à des questions essentielles qui étaient posées dans la mission et que l'expert n'a pas réalisé une expertise de qualité. C'est dans cet esprit qu'elles demanderont au magistrat d'ordonner une « contre-expertise ».

La contre-expertise est une nouvelle expertise portant sur le même dossier.

Elle véhicule une notion d'échec ou d'incompétence du premier expert, « qui n'a pas été capable de parvenir à réaliser une expertise suffisamment valable », et que l'on est de ce fait contraint de faire refaire.

Il faut cependant resituer les notions à leur vraie place.

Les motivations de la contre-expertise sont de plusieurs natures et peuvent tenir :

- à l'expert : incompétence, partialité, maladresse ;
- à l'expertise : c'est le cas le plus fréquent, et dans cette catégorie se retrouveront tous les dossiers porteurs de lacunes sur la forme ou sur le fond.

Il faut rappeler que le désaccord d'une partie avec les conclusions du rapport ne justifie pas la demande de contre-expertise.

Les causes extérieures peuvent correspondre à l'apparition d'un fait nouveau, postérieur au dépôt du rapport et dont on pense qu'il peut en changer le sens. Dans cette hypothèse, c'est plutôt un complément d'expertise qu'il faudra envisager.

La question de la forme et du formalisme est fondamentale. La nécessité d'impartialité, réelle et apparente, peut constituer un motif de demande de contre-expertise. L'expert, intègre et impartial, ne peut pas risquer de paraître connaître ou cautionner un médecin mis en cause, au risque de voir son intégrité suspectée, même si elle est totale (pas de tutoiement, être impartial et le montrer, et ne pas risquer qu'on puisse mettre en doute cette impartialité...). De nombreuses situations peuvent donner lieu à ce genre de doute de la part d'une partie, non pas seulement du fait d'une prise de position qui paraîtra favorable au médecin, mais de l'évocation d'une formation commune, d'un patron commun, d'amis communs... et globalement de tout ce qui pourrait faire penser à un plaignant qu'il y a peut-être collusion entre les membres du corps médical.

La contre-expertise doit être distinguée :

- du complément d'expertise, demandé du fait de la survenue postérieurement au dépôt du rapport d'un fait nouveau qui peut modifier le sens de ce rapport, ou de la nécessité d'éclaircissement faite à l'expert sur un point précis ;
- du supplément d'expertise, correspondant à la reprise du dossier par un collègue d'experts enrichi d'un nouvel intervenant (expert ou sappeur) dans un domaine dont il apparaît finalement qu'il est indispensable de l'explorer.

Il s'agit donc d'une nouvelle expertise, positionnée :

- de droit dans le cadre de l'article 1687-1 du Code de procédure pénale dans les situations d'irresponsabilité pénale ;
- à l'appréciation du juge dans les autres domaines.

Une expertise amiable privée peut éventuellement déclencher une demande de contre-expertise en matière judiciaire ou administrative.

À retenir

La contre-expertise est demandée au magistrat en cas de non-respect des règles de déroulement de cette démarche d'instruction, touchant soit à la compétence, soit à la forme (violation du Code de déontologie de l'expert ou du Code de procédure, civile ou pénale. Elle se distingue du complément d'expertise, d'une part, du supplément d'expertise, d'autre part.

Qui peut demander une contre-expertise ?

Les parties et le magistrat peuvent demander une contre-expertise. Ils argueront d'un défaut de forme ou de fond, non sur le résultat mais sur les éléments qui sont indiqués ci-dessus (voir fiche 127).

Il n'est pas habituel que l'expert demande une contre-expertise mais cette éventualité n'est théoriquement pas impossible, même si on ne voit pas bien ce qui le pousserait à cette démarche.

La contre-expertise sera :

- « de droit » dans deux circonstances :
 - si l'expertise retient l'irresponsabilité pénale de l'acteur d'un délit ou d'un crime (art. 167-1 CPP) ;
 - si l'expertise aboutit à un placement en rétention de sûreté, engageant de fait la liberté du détenu ;
- « possible » dans les autres cas, le magistrat devant alors répondre à cette demande en la motivant ;
- jamais « interdite » car aucune demande n'est « illégale ».

Un refus par le **juge d'appel** d'une demande de contre-expertise ne pourra faire l'objet d'un pourvoi, car la seule obligation du magistrat est d'étudier la demande et d'y répondre, mais pas obligatoirement de façon favorable, sauf dans les situations prévues par le Code de procédure pénale (voir *supra*).

À retenir

La possibilité de contre-expertise doit représenter une chance pour rectifier une anomalie de la première expertise, et constitue finalement une sorte de « labellisation de qualité ». Pour autant, les parties ne doivent pas tomber dans l'excès visant à demander une contre-expertise au moindre prétexte, constituant alors une manœuvre dilatoire déplaisante.

Peut-on contacter l'expert si on le connaît bien dans un dossier où notre responsabilité est recherchée ?

Si on connaît bien l'expert, celui-ci doit se « déporter », c'est-à-dire indiquer au magistrat qu'il a des liens d'amitié (ou d'inimitié !) avec l'une des parties et qu'il ne peut mener cette mission à son terme en toute indépendance et avec objectivité. Le magistrat désignera un nouvel expert. On peut en effet « prévoir » d'être parfaitement objectif. Mais en pratique, ce vœu pieux n'a de sens que si la responsabilité du médecin n'est pas engagée, et on n'en aura la certitude qu'au terme final des opérations d'expertise. Quelle attitude aura en effet l'expert si son vieux copain a fait une erreur majeure dans un dossier et a gravement engagé sa responsabilité ? Perdre un ami ou manquer gravement à son honnêteté et son serment ? Dilemme cornélien impossible à résoudre autrement que par un refus de la mission.

On n'aura donc pas l'occasion de s'entretenir avec lui « ès qualité », puisqu'il aura demandé son éviction du dossier.

Si on ne le connaît pas, il n'est bien sûr pas souhaitable de le contacter : pourquoi le ferait-on ? Parler du dossier, alors que le contradicteur est absent est une rupture de la règle du contradictoire et donc une cause de nullité des opérations d'expertise. L'expert doit d'ailleurs s'y refuser sans réserve. Les parties ne peuvent avoir de contact direct avec l'expert que pour la fixation du rendez-vous d'expertise, à l'exception de tout autre élément.

À retenir

Que l'on connaisse ou pas l'expert, on n'a pas à s'entretenir avec lui indépendamment des autres parties tant qu'il est missionné, c'est-à-dire jusqu'au dépôt du rapport. Mais si on le connaît bien, il ne doit pas conserver sa mission, au risque d'un manque d'objectivité et d'impartialité.

Qu'appelle-t-on « règle du contradictoire » ?

« Tout ce qui est communiqué à l'un doit l'être à l'autre »... et réciproquement.

Ce principe d'équité vise à accorder à chacune des parties les mêmes chances de convaincre l'expert, puis le magistrat, en ayant connaissance des documents produits par la partie adverse. En conséquence, chacun doit communiquer aux autres parties ses pièces (documents), afin que chacun sache quels éléments son contradicteur entend faire valoir, et que la partie adverse puisse rechercher des éléments permettant de contrer la démarche de l'adversaire.

Toujours dans l'esprit du contradictoire, les convocations sont adressées en recommandé avec avis de réception. Le fait d'avoir signé l'avis de réception prouve que l'on a reçu la convocation et que le contradictoire est respecté là aussi, car on est informé de ce que les opérations d'expertise auront lieu à la date fixée par l'expert. Libre alors aux uns et aux autres de venir ou non, mais l'information aura été donnée de façon certaine et prouvable.

L'expert n'est pas une des parties, il n'a pas l'obligation de « communiquer aux parties », mais il doit s'assurer que le contradictoire est respecté et que chacun a communiqué aux autres.

Par ailleurs, on considère que pour plus de sécurité – sinon de simplicité – la communication de pièces ne doit passer que par les avocats, tenus d'une obligation **déontologique** de communication, fût-ce matériellement lors de l'expertise, par la main de l'avocat tendue entre les parties.

Dans ce même esprit de strict respect des droits de chacun :

- l'expert contactant un avocat pour fixation de la date de rendez-vous ne doit aborder ni laisser aborder le fond du dossier hors la présence des autres parties ;
- l'expert ne doit accepter de s'isoler – fût-ce pour prendre un café ou parler vacances – avec qui que ce soit prenant part au dossier tant que son rapport n'est pas déposé, ce dépôt le dessaisissant de sa mission et donc de ses obligations.

Ces mesures simples de précaution éviteront des doutes, voire des incidents pouvant aller jusqu'à des demandes de dessaisissement.

Sur le principe, elles respecteront totalement l'équité concernant les chances des uns ou des autres de convaincre un magistrat.

Il faut citer trois arrêts importants qui précisent encore les choses, dans l'esprit des textes :

- « (...) La section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes a répondu à bon droit que les conditions dans lesquelles ce contrôle s'est déroulé sont sans influence sur la procédure suivie devant le juge disciplinaire dès lors que celle-ci a respecté le principe du contradictoire » (CE, 1^{re} et 4^e s.-sect., 29 juillet 1994) ;
- « Un expert, professeur de médecine, inscrit sur la liste nationale des experts, chargé par une juridiction d'examiner un mineur victime d'un accident,

a procédé à l'examen de l'enfant en présence de la mère et d'un médecin désigné par l'assureur de la partie responsable de l'accident et, à l'issue de l'examen clinique de l'enfant, est resté seul avec ce médecin. (...) Il résulte de ces éléments que [l'expert] a poursuivi les opérations de son expertise en concertation avec le seul médecin-conseil de l'une des parties (...). Un médecin expert est tenu de respecter le principe de la contradiction pendant la totalité de ses opérations d'expertise, y compris après la phase de l'examen clinique. En faisant participer, après cette phase, à sa réflexion le seul médecin qui avait été désigné par l'une des parties, l'expert a commis une faute professionnelle grave au sens de l'article 5 de la loi du 29 juin 1971 (...) » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 1^{er} juin 1999) ;

- « La section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins peut légalement se fonder pour infliger une sanction à un médecin sur des griefs qui n'ont été ni dénoncés dans la plainte ni retenus à l'encontre de ce médecin par la section des assurances sociales du conseil régional à condition toutefois d'avoir mis au préalable l'intéressé en mesure de présenter utilement sa défense sur ces griefs. (...) En retenant ce grief alors que le praticien n'avait pas été mis au préalable en mesure de présenter utilement sa défense sur les risques d'accidents courus par ses patients, la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre a méconnu le caractère contradictoire de la procédure » (CE, 4^e et 6^e s.-sect., 30 juin 2000, Gaz. Pal., Rec. 2001, Somm. p. 583, J. n° 69, 10 mars 2001, p. 36, note P. Graveleau).

À retenir

La règle du contradictoire est absolue, elle vise à respecter une équité rigoureuse en obligeant toute partie à communiquer en temps utile ses pièces à ses adversaires et en interdisant le moindre contact entre l'expert et l'une des parties tant que le rapport n'est pas déposé.

Quelle est la responsabilité du médecin expert ?

La responsabilité du médecin expert peut être engagée à divers titres, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions expertales.

« Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du [NCPP] ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne » (art. 171 NCPP).

Civilement, elle sera de type délictuel ou quasi délictuel, mais en tous cas jamais de type contractuel, dès lors qu'il aura été désigné et missionné par une juridiction.

La prescription en matière de responsabilité professionnelle de l'expert judiciaire a été diminuée récemment à cinq années.

Au plan procédural

La responsabilité du médecin expert est engagée en cas de :

- non-respect des délais ;
- carence dans la diligence à réaliser les opérations d'expertise ;
- non-respect du contradictoire ;
- manque d'indépendance ou d'impartialité, réel ou suspecté ;
- manquement au devoir de discrétion ;
- non-respect des règles de procédure, notamment au pénal.

Au plan technique

La responsabilité du médecin expert est engagée en cas :

- d'erreur dans les opérations d'expertise ;
- d'erreur d'analyse médicale ;
- d'erreur grossière de raisonnement médical ;
- d'incompétence médicale notoire ;
- d'erreur grossière dans la rédaction du rapport (différent d'une erreur matérielle de transcription).

Au plan déontologique

La responsabilité du médecin expert est engagée en cas de :

- carence de formation professionnelle médicale et de formation continue ;
- carence de formation juridique et de formation continue ;
- fausse expertise ;
- expertise non réalisée par le signataire ;
- violation du secret médical ;

- violation du secret de l'instruction ;
- attitude discourtoise à l'égard des parties.

Sanctions encourues

Les sanctions encourues peuvent concerner le risque de :

- remplacement de l'expert (art. 235-2 NCPC) ;
- diminution de rémunération ;
- suspension ;
- non-réinscription ;
- radiation (décret du 31 décembre 1974, art. 26) ;
- mais également des sanctions pénales dans les cas les plus graves de manquement à l'honneur ou d'agissements pénalement répréhensibles.

Cadre légal de l'action de l'expert

Il convient en outre de rappeler certains des articles qui gouvernent l'action de l'expert judiciaire et dont le non-respect peut engager cette responsabilité, lui faisant encourir des sanctions disciplinaires, civiles ou pénales.

Code de déontologie médicale

Article 4 : « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt de patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui aura été confié, mais ce qu'il aura vu, entendu ou compris. »

Article 105 : « Nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade. Un médecin ne doit pas accepter de mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services. »

Article 106 : « Lorsqu'il est investi d'une mission, le médecin expert doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités, ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent code. »

Article 107 : « Le médecin expert doit, avant d'entreprendre toute opération d'expertise, informer la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé. »

Article 108 : « Dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées, hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il aura pu connaître à l'occasion de cette expertise. Il doit attester qu'il a accompli personnellement sa mission. »

Code pénal

Article 226-13 : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état soit par profession, soit en raison

d'une fonction ou d'une mission temporaire est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. »

Article 226-14 : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans le cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

- à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de sévices ou privations dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur, ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, de son état physique ou psychique ;
- au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises. »

Il faut enfin rappeler que le médecin expert, étant avant tout médecin, doit être assuré pour sa responsabilité civile de médecin praticien, mais que son activité expertale doit être déclarée spécifiquement et précisément à son assureur.

À retenir

La responsabilité du médecin expert peut être multiple, y compris pénale et disciplinaire. Il devra suivre à la lettre les préceptes des Codes de déontologie médicale et expertale, les règles de procédure, et doit avoir spécifiquement déclaré cette branche de son activité à son assureur.

Qu'appelle-t-on « triade de la responsabilité » ?

L'existence d'une faute, même si elle est amplement prouvée, ne suffit pas à faire condamner un médecin au nom de sa responsabilité civile. Il doit exister conjointement un dommage et que l'on puisse prouver de façon formelle, « certaine, directe et totale » l'existence d'un lien incontestable entre la faute et le dommage. Dans le même esprit, le caractère dramatique des conséquences d'un accident médical ne suffit pas *ipso facto* à définir l'existence d'une faute.

Ce lien est représenté par l'imputabilité (voir fiche 5), qui est le lien de cause à effet entre deux événements, médicaux en l'occurrence, **lien sans lequel le premier n'aurait pas eu le second pour conséquence.**

La responsabilité médicale se définit (voir fiche 59) :

- soit de façon délictuelle ou quasi délictuelle, avec une action dommageable « hors contrat médical de soin », et est sous-tendue par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil ;
- soit de façon contractuelle, sous-tendue par l'article 1147 du Code civil, et ce dans l'immense majorité des cas de l'exercice, le contrat de soins étant conclu entre le patient et le médecin.

Mais quel que soit le type de responsabilité engagée, ce lien est indispensable, faute de quoi la triade n'est pas complète et le préjudice ne sera pas indemnisable.

L'association faute-dommage-lien de causalité constitue donc une condition *sine qua non*, seule à même de pouvoir engager la responsabilité civile du médecin.

La recherche et l'affinement de ce lien feront l'objet de discussions parfois difficiles entre les parties et l'expert.

Le lecteur se rapportera utilement aux fiches relatives à l'imputabilité et à la causalité, et à tout ce qui touche à ces deux notions dans le cadre de cet ouvrage.

À retenir

C'est cette relation triangulaire entre faute, lien de causalité, dommage, dénommée parfois « triade malheureuse », qui définira la faculté qu'un individu aura de faire indemniser son dommage.

Le magistrat est-il tenu par les conclusions de l'expert ?

Le magistrat désigne l'expert judiciaire comme un « auxiliaire de justice », censé lui apporter un éclairage sur l'aspect technique d'un dossier, aspect qu'à titre personnel il ne domine pas. On rappelle au passage que l'expert judiciaire est inscrit sur une liste officielle dressée chaque année par la cour d'appel de son « ressort » territorial, mais que le magistrat peut également désigner un expert « hors liste », au vu de sa notoriété. Un expert peut éclairer la justice dans d'innombrables domaines d'activité, il n'est que de constater le nombre des rubriques prévues par les cours d'appel : médecine, mais aussi œuvres d'art, construction, expertise comptable, graphologie, acoustique, etc.

Dans le domaine précis de son champ d'activité, l'expert a une compétence reconnue, il est « expert », ce mot ayant alors une connotation non de substantif mais d'adjectif, reconnaissance de qualification professionnelle.

Pour autant, ses conclusions n'engagent que lui et le magistrat n'est pas tenu d'y adhérer : « Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien » (art. 246 NCPP). Il peut soit les accepter intégralement, soit ne pas suivre les éléments du rapport déposé auprès de son greffe. Il peut même le cas échéant les contester dès lors qu'elles constituent une faute manifeste de raisonnement ou qu'elles démontrent une incompétence notable de l'expert dans le domaine.

De telles situations peuvent même amener à des sanctions disciplinaires à l'encontre de l'expert !

Cela étant, le vieil adage « Dis-moi les faits, je te dirai le droit » a la part belle dans cette discussion ; l'expert n'est pas là pour faire du droit, ce n'est pas sa mission :

- article 158 du Nouveau Code de procédure pénale : « La mission de l'expert, qui ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique, est précisée dans la mission qui ordonne l'expertise » ;
- article 238-3 du Nouveau Code de procédure pénale : « [L'expert] ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique », mais le magistrat n'est pas *a priori* compétent en médecine, ce n'est pas non plus sa mission.

Le magistrat doit donc pouvoir faire confiance à celui qu'il a désigné, confiance qu'il doit pouvoir contrôler dans le fait que cet expert qu'il désigne lui rend régulièrement des rapports qui sont « peu contestés » par les parties.

Ainsi, certes le magistrat n'est pas tenu aux conclusions de l'expert, mais... elles constituent une solide base de travail pour lui.

À retenir

Le magistrat n'est pas tenu par les conclusions de l'expert mais, l'ayant désigné, il s'inspirera tout naturellement de son rapport, sauf si celui-ci comporte des lacunes importantes ou des éléments évoquant une incompétence visible de la part de l'expert.

Qu'est-ce que l'expert attend du juge ?

L'expert attend du juge :

- une mission claire et précise, car c'est seulement à une question claire que l'on peut apporter une réponse claire... ;
- la possibilité d'étendre la mission en cas de découverte lors des opérations initiales d'expertise d'un élément justifiant d'approfondir un point non précisé initialement. Mais cette extension ne doit jamais être décidée par le seul expert ;
- la communication ou mise à disposition dans des délais raisonnables des pièces en matière pénale dans le cas de scellés ;
- un contact téléphonique facile, ce qui est le cas dans l'immense majorité des situations, de l'avis de tous, pour ne pas dire l'unanimité des cas, permettant à l'expert :
 - de vérifier un point de procédure afin de ne pas commettre de faute engageant sa responsabilité, d'une part, pouvant nuire au bon déroulement de la procédure, d'autre part ;
 - d'exprimer ses doutes ou ses interrogations sur un aspect particulier du dossier ; cet usage est d'ailleurs explicitement prévu, permettant à l'expert d'être entendu à tout moment par le juge (« le technicien peut à tout moment demander au juge de l'entendre », art. 245-2 NCPC) ;
- la possibilité d'étendre le délai du dépôt du rapport, en pratique jamais refusé, sur des demandes recevables, en cas de changement d'un expert, de période de vacances, de surcharge temporaire de travail, de difficultés à se faire communiquer les pièces d'un dossier, notamment en matière pénale pour des scellés.

À retenir

Une mission précise et claire et la possibilité pratique d'un contact avec le juge en cas de nécessité sont les principales demandes de l'expert à l'égard du magistrat qui l'aura désigné dans un dossier. Cette harmonie est indispensable à la bonne marche globale du dossier.

Qu'est-ce que le juge attend de l'expert ?

Le juge attend de l'expert :

- une connaissance technique parfaite de son domaine de compétence, quitte à demander l'adjonction d'un spécialiste dans un domaine très spécifique qui lui échappe ;
- une connaissance procédurale suffisamment étoffée pour « suivre » le dossier et ne pas commettre de faute, notamment dans le domaine des convocations ou du respect du contradictoire, risquant de porter atteinte au bon déroulement de la procédure ;
- le respect des délais impartis dans la mission, quitte à demander une extension de délai, qui *a priori* sera accordée ;
- l'information du magistrat en cas de complication intercurrente ;
- la prise en compte des « dires », ou « observations des parties », dans le rapport final ;
- la rédaction d'un rapport :
 - « bien écrit » ;
 - mais surtout intelligible par un non-médecin, avec notamment des explications suffisantes dans le corps du rapport, voire un lexique en fin de rapport ;
 - argumenté et discuté afin de ne pas risquer d'apparaître arbitraire, étayé et référencé ;
 - avec une progression dans la discussion permettant d'établir des conclusions logiques par rapport à la succession des éléments de raisonnement du corps du rapport ;
- un avis, qui ne soit ni outrancier ni trop « frileux », un point de vue technique élaboré, que le juge pourra utiliser pour l'aider à établir sa décision ;
- et, globalement, l'application des articles 143 à 178, 232 à 248 et 263 à 284-1 du Nouveau Code de procédure civile, concernant globalement l'éthique professionnelle de l'expert judiciaire.

À retenir

L'expert doit renseigner efficacement le juge et lui apporter sa science, mais également lui transmettre ces éléments de façon compréhensible pour un non-médecin. Ses conclusions doivent être démontrées et non projetées. L'expert doit se tenir scrupuleusement aux règles déontologiques et aux règles du Code de procédure civile ou de procédure pénale selon le type de dossier.

À quelles questions devra répondre l'expert désigné par un magistrat ?

La mission classique peut s'adapter à chaque dossier et des demandes spécifiques seront alors incorporées dans cette mission, que l'expert se devra de lire aux parties avant de débiter véritablement ses opérations d'expertise.

Les grandes lignes restent toujours à peu près les mêmes, et même si l'énumération qui suit est un peu longue, d'une part elle se rencontre parfois, d'autre part elle reprend les divers thèmes envisageables.

Intendance

L'expert doit se faire communiquer l'ensemble des documents nécessaires à l'exécution de la présente mission, en particulier le dossier médical complet ainsi que les documents relatifs à l'état antérieur.

Approche de base

L'expert doit :

- examiner M./Mme X ;
- analyser avec minutie les soins prodigués au patient.

Évaluation critique de la qualité des soins et détermination des dommages

L'expert doit :

- dire s'ils ont été attentifs, diligents et conformes aux données acquises de la science médicale ;
- dans la négative, analyser de façon détaillée et motivée la nature des erreurs, imprudences, manque de précautions nécessaires, négligences pré, per ou postopératoires, maladresses ou autres défaillances fautives de nature à engager la responsabilité des parties appelées en la cause, à savoir la clinique Y et le docteur Z ;
- déterminer si le... (pathologie consécutive à l'acte litigieux) est lié à une faute de l'une ou l'autre partie, notamment dans le traitement de... ;
- dire si ces fautes ont entraîné un dommage et dans quelles proportions, après avoir décrit les lésions imputées aux soins et/ou interventions dont M. X a été l'objet.

Imputabilité

L'expert doit :

- préciser si celles-ci sont bien en relation certaine et directe avec la ou les fautes et négligences retenues, en ne s'attachant qu'à la seule part imputable aux

fautes et négligences éventuellement relevées (c'est-à-dire en ne retenant pas les éléments du préjudice corporel se rattachant soit aux suites normales de soins qui étaient nécessaires, soit à l'état antérieur) ;

- se prononcer sur la répartition des fautes et négligences éventuelles ;
- noter les doléances précises du patient et les constatations faites lors de l'examen.

Évaluation médico-légale du préjudice

L'expert doit :

- fixer la date de consolidation et, si celle-ci n'est pas encore acquise, indiquer le délai à l'issue duquel un nouvel examen pourra être réalisé ;
- évaluer les seuls chefs de préjudice qui peuvent l'être en l'état ;
- déterminer la durée de l'incapacité temporaire de travail en indiquant si elle a été totale ou si une reprise partielle est intervenue, dans ce cas, en préciser les conditions et la durée ;
- dire s'il résulte des fautes et/ou négligences relevées une incapacité permanente et, dans l'affirmative, après en avoir précisé les éléments, la chiffrer en pourcentage en tenant compte de l'état antérieur ;
- préciser le taux d'incapacité partielle permanente conservé par M. X à partir :
 - d'une part, d'une incapacité fonctionnelle établie de 0 à 100 % en dehors de toute considération professionnelle et d'après le barème Concours médical le plus récent ;
 - d'autre part, d'une incapacité professionnelle également établie de 0 à 100 % d'après le taux et la nature de l'incapacité par rapport à la profession exercée préalablement. On parle aujourd'hui d'AIPP (atteinte à l'intégrité physique et psychique) ;
- dire si l'état du demandeur est susceptible de modifications, en aggravation ou en amélioration ; dans l'affirmative, fournir toutes précisions utiles sur cette évolution ainsi que la nature des soins, traitements et interventions éventuellement nécessaires dont le coût provisionnel sera alors chiffré, et les délais dans lesquels il devra y être procédé ;
- dire si, malgré son incapacité permanente, la victime est au plan médical apte physiquement et intellectuellement à reprendre dans les conditions antérieures l'activité qu'elle exerçait antérieurement ;
- dégager en les spécifiant les éléments propres à justifier une indemnisation au titre de la douleur et, éventuellement, du préjudice esthétique en les qualifiant de très léger, léger, modéré, moyen, assez important, important ou très important, et du préjudice d'agrément.

À retenir

La mission est souvent longue, volontiers complète, pour ne pas dire complexe. Elle est destinée à passer en revue tous les éléments du dossier. Elle sera lue aux parties au début de l'expertise, et chaque question fera l'objet d'une réponse.

En quoi la loi du 5 mars 2007 modifie-t-elle le travail de l'expert judiciaire dans des instances pénales ?

Ce texte est directement hérité de la sensation d'échec retentissant secondaire au procès d'Outreau en 2006, affaire pénale particulièrement pénible dans laquelle une instruction menée à l'écart du respect des droits de la défense dans un dossier très sensible de pédophilie a abouti à des mises en accusation dont on s'apercevra secondairement qu'elles n'étaient pas fondées.

Cette démarche est donc destinée à :

- renforcer l'équilibre procédural ;
- faire disparaître l'omnipotence d'un juge d'instruction ;
- permettre d'adapter au mieux la mission ;
- introduire un suivi et un contrôle « interne » des opérations d'expertise.

Elle est constituée de **quatre grands axes** :

- disparition du juge unique ;
- possibilité pour le procureur et les parties d'intervenir sur la mission et la désignation de l'expert ;
- existence d'un « rapport intermédiaire », ou « rapport d'étape » ;
- possibilité pour le ministère public et les avocats de questionner **directement** l'expert.

Disparition du juge unique

« Le président du tribunal ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace, désigne, pour chaque information, une formation collégiale de trois juges d'instruction, dont un magistrat du premier grade exerçant les fonctions de juge coordonnateur » (art. 83-1).

Le juge d'instruction est remplacé par un collège de trois juges :

- avantages : moins de risque de dérive, d'erreur majeure ;
- inconvénients : lourdeur et coût, perte de temps.

Possibilité pour le procureur et les parties d'intervenir sur la mission et la désignation de l'expert

« Copie de la décision ordonnant une expertise est adressée sans délai au procureur de la République et aux avocats des parties, qui disposent d'un délai de dix jours pour demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues par l'avant-dernier alinéa de l'article 81, de modifier ou de compléter les questions posées à

l'expert ou d'adjoindre à l'expert ou aux experts déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes mentionnées à l'article 157 » (art. 161-1).

Une série de délais de réflexion, de réponse, de saisine, peut aboutir à une prolongation importante du temps pendant lequel l'expert ne peut valablement débiter ses opérations, car tout peut être remis en cause tant que ce délai, finalement comptabilisé à un mois, n'est pas échu.

Les parties, tant le prévenu que le ministère public, peuvent donc modifier le texte de la mission par une ordonnance modificative, ou mieux, afin de limiter le risque de confusion, une ordonnance substitutive, qui fixe la nouvelle mission.

Au plan des experts, cette situation rompt le principe de l'expert unique en matière pénale, afin d'éviter des égarements du type de celui de « l'affaire d'Outreau », mais ces experts sont imposés à l'expert initialement désigné.

Certains considèrent qu'il y a dès lors un risque d'opposition et de conflit entre ceux qui apparaîtront comme les « experts des parties » et celui qui apparaîtra comme l'« expert du juge ».

Les exceptions à cette disposition sont de trois ordres :

- « **urgence** » : le juge mentionne explicitement que l'expert débute ses opérations ;
- « **risque d'entrave** » : risque de fuite ou de destruction de preuve du fait de l'information du prévenu de ce qu'une instance est en cours à son encontre ;
- **nature de l'expertise** : il n'y a pas de problème si l'expertise consiste simplement à évaluer un préjudice et pas à rechercher une responsabilité, une culpabilité.

« Rapport intermédiaire » ou « rapport d'étape »

Il s'agit d'un rapport intermédiaire renseignant sur l'avancement des opérations, avec incorporation des dires des parties (commentaires). Il est différent du prérapport, dont il est totalement indépendant.

Le délai de dépôt de ce rapport intermédiaire est précisé dans la mission.

Le prérapport n'a pas de spécificité. Il apparaît comme tout prérapport, suscitant les dires des parties dans les mêmes conditions qu'au civil.

Le rapport peut être partiellement notifié, sur autorisation du collège des juges, l'expert pouvant alors communiquer les **conclusions** du rapport :

- aux officiers de police judiciaire (OPJ) ;
- au procureur ;
- aux parties.

Cette autorisation doit être spécifiée dans la mission ou dans une ordonnance complémentaire.

Interrogation de l'expert

Le ministère public et les parties peuvent interroger **directement** l'expert à l'audience (art. 168) :

- en pratique, ça ne change pas grand-chose ;
- l'expert répond au président de chambre sur les questions qui lui ont été posées par les parties.

À retenir

Cette loi modifie certains aspects de la procédure pénale, dans le sens d'une approche du contradictoire. Toutefois, on reste très à distance des obligations du contradictoire en matière civile, notamment par le fait que le prévenu ou le mis en examen n'est pas entendu lors de cette expertise. La désignation d'experts complémentaires à la demande et sur proposition des parties peut donner lieu à des conflits de gestion difficiles. Elle permet toutefois de diminuer les demandes de contre-expertise, l'apport de nouveaux experts faisant partie intégrante de ce dispositif, et autorisant de fait les parties à solliciter l'avis d'un autre expert que celui initialement désigné par le magistrat et lui demander de répondre aux questions qui les intéressent. La possibilité pour les parties d'interroger l'expert directement ne semble pas modifier fondamentalement les habitudes en la matière.

Amical remerciement au Pr Denis Safran pour son exposé sur le sujet.

Le médecin de compagnie d'assurance peut-il être inscrit sur une liste de médecins experts près une juridiction ?

L'article 105 du Code de déontologie médicale est très clair concernant les incompatibilités : « Nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade. Un médecin ne doit pas accepter de mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services. »

Cette exclusion vient de ce qu'il est logique de penser que l'on ne peut à la fois être mandaté un jour par une compagnie d'assurance et être désigné le lendemain par une juridiction pour statuer sur un dossier dans lequel risque d'être concernée la société d'assurance, qui par ailleurs vous fait travailler.

Le recul, l'impartialité et l'objectivité sont – outre la compétence – les conditions impératives à la bonne réalisation d'une expertise. Les conditions démographiques régionales font parfois que le nombre de médecins « disponibles » étant restreint, il n'y a pas d'autre choix que cette double appartenance. Pour autant, cette situation est contestable, et de fait strictement contrôlée dans d'autres cours d'appel.

Cette notion s'étend à d'autres juridictions que les juridictions judiciaires, telles que notamment la Commission nationale des accidents médicaux, qui sollicite elle aussi dans le dossier de demande d'inscription sur la liste un état descriptif précis des rapports entre le candidat et les sociétés d'assurance et écarte les médecins ayant des liens avec les compagnies d'assurance.

Cette exigence est logique, elle fait partie de la loi, et sa stricte observance est un gage d'équité.

Rappelons en outre que l'impartialité et l'indépendance sont des notions de fait mais aussi d'apparence, et que tel ou tel propos de l'expert, même parfaitement impartial, ne doit pas risquer de faire suspecter une éventuelle connivence, par une allusion à un maître commun, ou une technicité de formation commune..., toute notion risquant d'être saisies au vol par une partie indécate percevant à l'avance une bonne occasion pour faire annuler une expertise dont les conclusions apparaissaient devoir lui être défavorables...

À retenir

La rigueur de l'impartialité impose de considérer, en application de l'article 105 du Code de déontologie médicale, l'incompatibilité des fonctions d'expert judiciaire avec celles de médecin de compagnie d'assurance.

VIII

Information et consentement

141	Qu'est-ce que le consentement ?	306
142	Comment définir la perte de chance ?	308
143	Que doit comporter l'information faite au patient ?	312
144	Doit-on tout dire au patient ?	315
145	Quel consentement aux soins doit-on obtenir pour un mineur dont les parents sont divorcés ?	316
146	Quelle preuve pour quelle information ?	318
147	Quelle est la responsabilité du médecin qui ne recueille pas le consentement d'un mineur ?	321
148	Quelle est la responsabilité du médecin en cas d'acte médical sans consentement ou contraire à la volonté du patient ?	322
149	Qui est l'interlocuteur du médecin concernant un mineur ?	323
150	Qui est l'interlocuteur du médecin concernant un incapable majeur ?	324
151	La preuve de l'information a-t-elle toujours été à la charge du médecin ?	325

Qu'est-ce que le consentement ?

Le consentement correspond à l'accord que donnera le patient sur ce qu'on lui a proposé en matière d'investigation ou de soins. Ce consentement ne s'entend qu'éclairé par des explications et une information suffisantes, correspondant aux critères évoqués par ailleurs sur ce point dans cet ouvrage.

Le consentement correspond à l'acceptation du patient pour la réalisation d'investigations ou de soins connus pour pouvoir constituer un risque. Selon la loi et la jurisprudence, l'information (voir fiche 143) doit être précise, complète, loyale, adaptée et compréhensible. Elle permet au patient de bénéficier de renseignements lui permettant de prendre en connaissance de cause sa décision relativement à l'examen ou au traitement qui lui est proposé.

N'étant pas un accord sans limite mais une acceptation ponctuelle, il est révisable à chaque instant et le patient peut le retirer quand il le souhaite.

Le consentement peut revêtir plusieurs aspects particuliers.

Consentement du mineur

« Le médecin appelé à soigner un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal afin d'obtenir leur consentement mais doit donner les soins nécessaires en cas d'urgence et à défaut d'avoir pu les joindre » (art. 42 CDM). Toutefois, le mineur proche de la majorité est considéré comme apte à conclure un contrat de soins, notamment concernant la question des contraceptifs (art. L.5134-1 CSP) ; la loi du 4 mars 2002 recommande de rechercher systématiquement le consentement du mineur lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté.

Consentement de l'incapable majeur

Le degré de protection varie selon la gravité de l'incapacité du sujet : sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle. Dans les deux premiers cas, le consentement donné par le majeur sera recevable, mais pas dans le troisième, dans lequel le majeur a besoin d'être représenté dans tous les actes de la vie courante et pour lequel il faudra donc obtenir le consentement du tuteur pour les actes courants, et du conseil de famille pour les actes plus lourds. Une certaine latitude est concevable dans les situations d'urgence. Ces dispositions sont complétées par la loi du 5 mars 2007 (voir fiche 150).

Consentement et inconscience

Au terme de l'article 36 du Code de déontologie médicale, le médecin doit prévenir et informer les proches, sauf situation d'urgence. La loi du 4 mars 2002

a prévu le principe de la personne de confiance, qui devra dans cette hypothèse être prévenue et consultée ou, à défaut, l'entourage familial (art. 1111-4 CSP) (voir fiche 42).

Consentement et recherche biomédicale

L'aspect éthique de la recherche est régi par la loi Huriet de 1988, complétée par un avis donné par le Comité national d'éthique du 12 juin 1998. Le consentement doit être écrit, les contraintes de l'information sont lourdes. En cas d'impossibilité, ce consentement doit être donné par un tiers indépendant du promoteur et de l'investigateur (art. 1122-1-6 CSP). La recherche sur les mineurs et les majeurs protégés accroît (art. 1121-6 CSP) encore les exigences d'utilité (directe pour le patient). Le consentement sera accordé par les titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal, certains essais sans bénéfice direct étant admis par dérogations sur des critères extrêmement stricts de consentement éclairé de l'entourage (tuteur, conseil de famille, etc.) (voir également fiches 15 à 17).

Le consentement ne peut de toutes façons concerner que des actes médicaux pratiqués en accord avec l'éthique médicale, tant en ce qui concerne les actes usuels de médecine et de chirurgie, que des actes relatifs à la recherche biomédicale.

À retenir

Le consentement éclairé se conçoit comme l'aboutissement efficace de l'information juste et complète. Il peut revêtir des aspects particuliers qui impliquent alors des contraintes complémentaires, comme celles relatives aux majeurs protégés et aux mineurs, et à la recherche biomédicale, *a fortiori* sur ces deux catégories.

Comment définir la perte de chance ?

La perte de chance est le préjudice d'une victime qui estime que, par la faute d'autrui, elle a perdu une chance de gain. Adaptée à la matière médicale, la perte de chance est le fait pour un patient d'avoir été « privé » par un médecin d'une possibilité de ne pas subir le préjudice qu'il subit aujourd'hui, du fait de l'orientation des explorations ou du traitement.

Cette éventualité peut correspondre au fait qu'un médecin ne propose pas à un patient un traitement plus simple et moins dangereux que celui qu'il lui donne et qui va occasionner un dommage. Le patient a perdu de ce fait une chance de ne pas subir ce dommage.

« L'incertitude tient au fait qu'il ne peut être certain que si la faute n'avait pas été commise, la guérison, ou au moins une amélioration de l'état du patient, aurait pu être obtenue. La certitude tient au fait que si la faute n'avait pas été commise, le malade avait des chances de guérison ou d'amélioration et que la faute l'a privé de cette chance » (Courdecassation.fr)

Cette notion de perte de chance, initiée en 1961 (CA Grenoble), a été développée par un arrêt de la Cour de cassation en décembre 1965. Elle constitue un préjudice autonome et réparable. Les griefs concerneront la perte de possibilité d'avoir bénéficié d'un traitement dont on estime ne pas avoir été suffisamment informé, de n'avoir ainsi pu évaluer une alternative au traitement qu'on a finalement choisi et qui a malencontreusement entraîné un dommage.

La perte de chance est donc un préjudice incomplet et hypothétique, dont l'indemnisation ne peut être qu'une part de l'entière du dommage effectif global.

Affaire Perruche : archétype de la perte de chance

Mais bien sûr, ces dernières années, l'exemple phare de cette notion est représenté par l'arrêt Perruche (voir annexe 5), dossier dans lequel il avait été estimé qu'une chance avait été perdue de procéder à une IVG thérapeutique, qui aurait évité que l'enfant naisse porteur de ce lourd handicap, par le fait d'une mauvaise interprétation d'un résultat de sérologie rubéoleuse. Par cette évocation, il convient de rappeler que le dommage ici n'est pas lié à une faute médicale « technique », mais que la faute est constituée par le fait que « l'événement accidentel » (séroconversion) n'a pas été mentionné aux parents.

Pour autant, cette notion de perte de chance a été évoquée puis appliquée pour permettre une indemnisation lorsqu'en présence d'une faute et d'un dommage, le lien de causalité n'apparaît pas suffisant et que de ce fait il n'y avait pas de possibilité d'indemnisation des victimes.

La jurisprudence retient volontiers le défaut d'information comme une perte de chance, qui a empêché sa victime d'avoir le choix entre deux solutions diagnos-

tiques ou thérapeutiques. Il sera alors aisé au patient *a posteriori* de déclarer qu'il aurait sans aucun doute choisi l'autre possibilité, si elle lui avait été correctement proposée. La notion de perte de chance risquera alors d'être retenue par le magistrat même si ce défaut d'information n'est pas en tant que tel la cause directe du dommage lié à une complication intercurrente de la solution finalement adoptée.

« Dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au patient la chance d'échapper à une atteinte à son intégrité physique, le dommage qui en résulte pour lui est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant » (CC 29 juin 1999).

« Permettre au patient d'obtenir l'avis de plusieurs professionnels de santé garantit au praticien la satisfaction de son obligation d'information » (Revue générale de droit médical 2004 ; 12 : 309).

La cour d'appel de Paris retient la faute civile du pharmacien (26 juin 2009) pour ne pas avoir procédé aux vérifications nécessaires dans le cadre d'une prescription de chloroquine sur une ordonnance falsifiée (RG 07 16021).

Quelle indemnisation ?

Quelle indemnisation peut-on proposer dans ce cadre ? Totale ? Sûrement pas, car à l'évidence on est dans le domaine du conditionnel, du possible mais pas du certain, cette caractéristique étant cependant un des déterminants de la notion de causalité. C'est ici la grande différence entre le préjudice certain et réel et l'hypothèse non vérifiable de « l'autre choix », dans le contexte de la perte de chance.

Cette évaluation sera dès lors particulièrement délicate, et on se réfère comme base de travail à deux arrêts :

- « Le préjudice découlant de la perte de chance de sauvegarder son intégrité corporelle ne se mesure pas arithmétiquement à la gravité de l'atteinte finalement portée à cette intégrité, mais doit correspondre à l'importance de la chance perdue » (CA Versailles, 21 juillet 1993) et « La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue » (comprendre « et non au dommage intégral ») (CC 9 avril 2002). Ce préjudice a certes une valeur patrimoniale, mais jurisprudentiellement admise comme moindre par rapport au préjudice du dommage lui-même. Celle-ci n'existe en pratique que dans la mesure où le défaut d'information a privé le malade des éléments nécessaires à un choix déterminé en pleine connaissance de tous les éléments de la décision. La discussion prendra un tour particulier si, malgré un défaut d'information patent, il s'avère que le choix thérapeutique retenu était le seul envisageable dans ce dossier ;
- « Sa réparation ne se limite pas au préjudice moral mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il a subis » (CC 29 juin 1999).

Jurisprudence

Trois arrêts viennent alimenter la discussion :

- Cour d'appel d'Angers, 11 septembre 1998 : « Le praticien se doit d'informer le patient sur les risques inhérents à un mode d'examen et de traitement et sur l'évolution prévisible de son état si rien n'est fait. Cependant, le patient ne peut demander réparation du fait qu'il n'a pas été informé dès lors que, quand bien même il aurait été averti des risques de l'opération, il est improbable qu'il eût refusé le traitement, eu égard à l'évolution prévisible de son état en cas d'inaction. » Même commentaire que pour le premier arrêt.
- Cour de cassation, 20 juin 2000, n° 98-23.046 : « Le praticien qui manque à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte. Il est, dès lors, de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus. » La perte de chance est envisageable si, au vu de l'ensemble du contexte, y compris la personnalité du patient, on estime qu'il aurait peut-être souscrit à un autre choix thérapeutique, mais elle n'est pas d'emblée acquise ;
- Cour de cassation, 1^{re} civ., 18 juillet 2000 : « Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés. Il n'est pas dispensé de cette information sur la gravité du risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire. Cassation, pour violation de l'article 1147 du Code civil, de l'arrêt qui, pour débouter de son action en responsabilité le patient victime d'une sciatique paralysante à la suite d'une opération d'une hernie discale, énonce que la gravité du risque encouru s'apprécie au regard du choix éventuel dont le malade disposerait et que, en l'espèce, l'opération s'imposait compte tenu de l'évolution de la pathologie. » On considérera alors que la perte de chance n'est pas établie dès lors que seul le choix thérapeutique effectué était envisageable en dehors de tout autre pour ce patient à ce moment-là. L'absence d'alternative thérapeutique privera donc le demandeur de tout espoir d'indemnisation, même en cas de dommage, en tous cas au titre de la perte de chance ;

Et enfin, pour conclure, un arrêt de la cour administrative de Douai, en date du 3 juin 2002 : « Considérant que la faute commise par les praticiens de l'hôpital, en l'absence de toute urgence et alors qu'une écho-endoscopie ne comportant aucun risque iatrogène aurait pu être proposée à Mme Bernadette Doyen, a entraîné pour celle-ci la perte complète d'une chance de se soustraire au cathétérisme et à ses conséquences fatales ; que, par suite, la totalité des préjudices doivent être regardés comme directement imputables à l'examen du 23 février 1995 », la patiente étant finalement décédée. Cet arrêt reprend les critères de la perte de chance :

- avec l'événement dommageable (décès) ;
- l'imputabilité totale ;
- et l'existence – en dehors de tout contexte d'urgence – d'une autre solution d'investigation sans risque.

Perte de chance : une fraction seulement du préjudice

Il est fondamental d'avoir à l'esprit que la perte de chance ne peut constituer la totalité du préjudice qu'elle se limite dès lors à une fraction de celui-ci, que l'expert doit parfaitement préciser cette notion et la quantifier dans son rapport, à faute pour lui de risquer une nullité ou du moins de sévères contestations de la part de la partie qui « succombe » du fait de cette imprécision.

Enfin, dans le cadre d'une action conjointe civile et pénale, il faut rappeler que la loi du 10 juillet 2000 (concernant les fautes non intentionnelles) et la loi du 5 mars 2007 (d'une manière plus générale) ont conjointement abrogé de fait le vieil adage selon lequel « **le pénal tient le civil en l'état** », cette position n'ayant maintenant plus rien d'obligatoire, les nouvelles dispositions permettant au juge civil de statuer sans attendre les conclusions du juge pénal, l'indemnisation civile pouvant être prononcée même en cas de relaxe de la part du juge pénal.

On peut dans une certaine mesure considérer que depuis 1961 pour la perte de chance et depuis 1993 pour l'aléa (*a fortiori* depuis l'avènement des CRCI), ces deux notions constituent des moyens juridiques de parvenir à l'indemnisation des plaignants dont les dossiers ne présentaient pas de façon incontestable la « triade malheureuse » qui permet l'indemnisation.

À retenir

La perte de chance prive celui qui la subit de la chance de n'avoir pas subi le préjudice lié à une complication provenant d'un acte/traitement qui aurait pu être remplacé par un autre moins dangereux. Elle constitue « le paradis de l'indécis » mais en tous cas un risque significatif d'implication de responsabilité, notamment en rapport avec le défaut d'information.

Pour en savoir plus

Grossieux P. À quoi sert la perte de chance. Responsabilité 2003 ; 12 : 13–5.

Que doit comporter l'information faite au patient ?

Règle

La règle est que l'information doit être complète, intelligible, loyale, permettant au patient, dans la mesure de ses connaissances et de ses capacités personnelles, d'avoir une approche suffisante de ce qui lui est proposé au plan des investigations, des possibilités thérapeutiques et des risques inhérents tant à ces actions qu'à leur abstention, afin de prendre en pleine connaissance de cause une décision pour sa santé. L'information concerne également le diagnostic et le pronostic de cette maladie. Le patient devra *in fine* être parfaitement au fait de ce qui va lui arriver, il devra avoir été répondu à toutes ses questions, et il devra également avoir compris le sens des réponses.

Les éléments contenus dans l'information permettent d'accéder à la notion de consentement éclairé.

Cette disposition est contenue tant dans le Code de déontologie médicale que dans le Code de la santé publique et rappelée dans la loi du 4 mars 2002.

La jurisprudence étaye le principe

L'analyse de divers arrêts marquants permet de reconstituer l'historique de cette question délicate.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris datant de 1987 posait que : « En ce qui concerne l'information du malade, un médecin n'est tenu d'avertir le patient que des risques fréquents et non pas des complications anormales et exceptionnelles, et cela dans l'intérêt même des malades, que l'on détournerait de subir des interventions salutaires en leur prédisant des risques anormaux (risque de complications de 0,7 % en l'espèce) d'une extrême rareté, justifiant que le médecin n'ait pas cru devoir inquiéter le malade. »

On verra à quel point cette formulation est fondamentale, car elle sera reprise dans son esprit par la loi du 4 mars 2002, réduisant l'exigence de l'étendue de l'information par rapport à la jurisprudence alors en cours.

On peut citer également un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 10 juin 1999 : « Les médecins qui ont prescrit une artériographie et celui qui a pratiqué l'examen à la suite duquel le patient a présenté une hémiplegie engagent leurs responsabilités en raison d'un manquement dans la mise en œuvre du devoir d'information auquel ils étaient tenus. En effet, le risque d'accident grave du fait même de l'artériographie pratiquée ne peut être tenu pour exceptionnel dans la mesure où le taux de survenance a été chiffré à un pour mille par les experts et de l'ordre de 0,5 à 1 pour cent par d'autres. De plus, l'examen n'était ni urgent ni à but thérapeutique puisqu'il avait pour objet de préciser le diagnostic

posé préalablement et constituait un moyen d'investigation complémentaire dans le cadre d'un bilan préalable à une décision thérapeutique. L'obligation d'information du patient n'en est que plus impérative. Les médecins ne sauraient exciper du fait que leur silence serait légitimé par l'impossibilité ou le refus du patient d'être informé et que, en l'espèce, le patient présentait un état d'anxiété et de réticence à l'égard de la médecine traditionnelle, raison pour laquelle ils n'ont pas évoqué le risque d'hémiplégie, dès lors que la nécessaire adaptation de l'information due par les médecins à la personnalité du malade ne peut de toute façon autoriser le médecin à fournir à son patient une information tronquée et déformée en lui taisant un risque grave et en le privant sciemment de la possibilité de donner un consentement éclairé à l'intervention qui lui est proposée, ou au contraire de la refuser. »

Les rédacteurs de cet arrêt ont considéré que l'information se devait d'être complète, et qu'une information tronquée créait les conditions d'une perte de chance.

Un autre arrêt de la Cour de cassation (1^{re} civ., 18 juillet 2000, n° 99-10.886, n° 1321 F-P) dispose : « Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés. Il n'est pas dispensé de cette information sur la gravité du risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire. Cassation pour violation de l'article 1147 du Code civil de l'arrêt qui, pour débouter de son action en responsabilité le patient victime d'une sciatique paralysante à la suite d'une opération d'une hernie discale, énonce que la gravité du risque encouru s'apprécie au regard du choix éventuel dont le malade disposerait et que, en l'espèce, l'opération s'imposait compte tenu de l'évolution de la pathologie. »

Le magistrat de la Cour de cassation établit l'obligation d'une information complète, permettant une approche propre à permettre la production d'un consentement, même si le geste soumis à ce risque est nécessaire à la survie du patient.

Concernant le risque propre à un traitement (médical ou chirurgical), on a dit que l'information doit être complète, ce qui suppose également qu'elle porte aussi sur des risques exceptionnels (CC 15 juillet 1999, n° 97-20.160) : « Hormis les cas d'urgences, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette information par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement (...). » Encore faut-il que ces complications aient été répertoriées de façon suffisamment accessible, et si une complication exceptionnelle n'a fait l'objet que de quelques rares publications mais d'aucune mention officielle, notamment dans le Vidal, on peut penser que le magistrat ne sera pas d'une grande sévérité à l'égard du médecin. Cette position sera confirmée à de multiples reprises, notamment par l'arrêt de cette même Cour, du 9 octobre 2001 (n° 00-14-564).

C'est là la pierre angulaire de nombreuses difficultés survenues ces dernières années pour des confrères poursuivis, au titre d'une information certes, mais incomplète, ne fournissant que les événements les plus courants.

L'obligation d'information ne s'arrête pas à la sortie du patient de l'hôpital, mais s'étend aux risques survenant après la sortie de l'hôpital (Conseil d'état, 2 sept 2009, Rep 292 783).

Les complications relatives à une « extrême transparence » sont évoquées dans l'arrêt de 1987 évoqué *supra*. En effet, cette obligation de « totalisation » de l'information pose parfois de sérieux problèmes quand il s'agit de convaincre un patient d'accepter un geste vis-à-vis duquel nous nous devons de l'informer de la totalité des risques potentiels – fussent-ils exceptionnels – Le pouvoir de conviction que nous devons alors montrer est le garant de l'efficacité de notre démarche thérapeutique.

C'est peut-être la raison pour laquelle le législateur est finalement en retrait aujourd'hui par rapport au magistrat de la Cour suprême en votant la loi du 4 mars 2002, qui établit que l'information porte sur « les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposées, 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 ».

La signification exacte de cette définition de « risques fréquents ou graves normalement prévisibles » sera à attendre au vu de l'interprétation qu'en feront les magistrats suprêmes.

L'information doit cependant être modulée en fonction des circonstances, face à un pronostic grave sans possibilité thérapeutique, notamment. Elle doit alors être communiquée à la famille, à l'entourage proche, cette position ne constituant pas une violation du secret car prévue explicitement (voir fiche 23).

L'information dans tous les domaines

On peut citer à titre anecdotique l'arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 2008, pour un dossier dans lequel la prescription d'un traitement pour lutter contre l'impuissance mais n'ayant pas fait l'objet d'une AMM n'avait pas été considérée comme fautive ; en revanche l'absence d'information sur le risque de priapisme et l'attitude à avoir alors (consultation en urgence à l'hôpital) avait été retenue, elle, comme fautive.

À retenir

L'information doit être complète, loyale et adaptée, permettant au patient de prendre une décision sur ce qui lui est proposé et de donner ou non un « consentement éclairé ». Toutefois, on notera avec intérêt que la loi du 4 mars 2002 est en retrait par rapport à la jurisprudence, probablement du fait des risques de refus systématique de ce qui lui est proposé par le patient, par crainte des complications graves mais exceptionnelles, au risque de ne pas bénéficier d'une investigation ou d'un traitement indispensables dans la prise en charge de sa maladie.

Doit-on tout dire au patient ?

L'information doit être complète, elle est due au patient, c'est une question tant morale qu'éthique et légale.

Mais le patient est-il à même de tout entendre ? Et veut-il vraiment tout apprendre ? On se référera également à la question précédente (voir fiche 145).

Le patient a le droit de ne pas apprendre ce qu'il ne veut pas savoir. Le médecin peut aussi, en conscience, décider de lui cacher un diagnostic entraînant un pronostic grave pour lequel il n'y a pas de solution thérapeutique ; l'inutilité d'une telle information justifie donc ce silence, qui ne sera toutefois que partiel puisque dans cette hypothèse, la famille proche, l'entourage, seront informés du diagnostic et du pronostic, sauf volonté de discrétion explicitement exprimée par le patient auprès de son médecin, ces dispositions étant prévues par le Code de déontologie.

Cette restriction à l'obligation d'information participe finalement dans une certaine mesure à l'obligation humanitaire du médecin à l'égard de son patient : à quoi cela servira-t-il d'inquiéter le malade avec un diagnostic angoissant vis-à-vis duquel on ne fera rien car le patient est inopérable ou dans un trop mauvais état général ? À rien, bien sûr et c'est pour cela qu'il faut savoir s'en abstenir.

À retenir

On pourrait résumer ce point en disant que, malgré l'obligation d'information sur laquelle de nombreuses questions précises établissent dans cet ouvrage sa nécessité dans la plupart des situations, « toute vérité n'est pas bonne à dire, quand elle n'a pas d'utilité ».

Quel consentement aux soins doit-on obtenir pour un mineur dont les parents sont divorcés ?

Si l'un des parents s'est vu retirer l'autorité parentale

Ce n'est pas au médecin à juger si cette décision est justifiée ou non. Ce parent peut alors simplement être informé et consulté, il peut proposer mais n'a pas de pouvoir de décision.

Dans ce cas, le parent ayant l'autorité parentale est qualifié pour prendre toute décision concernant la santé de l'enfant. Toutefois, si la décision de ce parent semble au médecin contraire à l'intérêt de l'enfant, il peut saisir le procureur de la République. Par ailleurs, le parent titulaire de l'autorité parentale peut s'opposer à toute communication d'éléments médicaux en direction de l'autre parent, et le médecin ne pourra pas s'opposer à cette décision.

Toujours dans cette situation asymétrique quant à l'autorité parentale, si un refus de soins faisant courir un risque certain à l'enfant est prononcé par le parent ayant autorité, le médecin peut passer outre et délivrer les soins indispensables. Il pourra valablement prendre contact avec le procureur de la République afin que celui-ci valide juridiquement la position médicale.

Si les deux parents ont conservé l'autorité parentale conjointe

Chacun est habilité à prendre des décisions concernant la santé de l'enfant lorsqu'il est sous sa garde, exactement au même titre qu'avant la séparation. Des situations conflictuelles que l'on souhaite rares consistent à ce que l'un des parents ne tienne pas l'autre au courant d'une décision chirurgicale non urgente. Dans cette hypothèse, le médecin se devra d'être d'une extrême prudence sur la notion de consentement parental.

Il peut arriver par ailleurs que l'enfant mineur souhaite garder confidentiels certains éléments de son dossier médical, notamment des questions de contraception, d'IVG, de séroconversion. Ce souhait doit être respecté (voir fiche 27).

Il faut enfin rappeler que la législation actuelle accorde les mêmes droits aux parents divorcés et aux parents ex-concubins, l'enfant étant alors né hors mariage. La seule notion qui comptera sera de savoir si le parent a ou non l'autorité parentale, le statut conjugal prérupture étant indifférent.

À retenir

La plus grande prudence est de mise dans ces situations où le médecin n'est pas au courant des dernières disputes familiales et où sa responsabilité peut être engagée pour non-respect de l'obtention du consentement, *a fortiori* dans des situations très conflictuelles créées de toutes pièces pour « marquer des points ».

Quelle preuve pour quelle information ?

L'information est un devoir :

- **moral**, parce que celui qui sait doit informer celui qui ne sait pas, *a fortiori* quand l'information concerne la santé de l'individu. On se place en termes d'humanité, d'honnêteté intellectuelle, de considération et de respect d'autrui, en informant un patient de sa maladie, de ce qu'on va lui faire pour le guérir et en le prévenant des complications possibles de ce qu'on lui propose pour le soigner ;
- **déontologique**, parce que l'information est également un devoir « professionnel » inscrit à l'article 35 du nouveau Code de déontologie (1995) : « Le médecin doit à la personne qu'il soigne une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. » Toute violation de cette obligation constitue une infraction, relevant de la saisine du Conseil de l'Ordre des médecins ;
- **juridique**, car depuis que la Cour de cassation s'est à nouveau intéressée, le 25 février 1997, à la question de savoir qui devait prouver quelque chose, le sujet est devenu brûlant, au point qu'il a bouleversé notre façon de travailler, et nous oblige à nous prémunir.

L'atmosphère a en effet beaucoup changé depuis treize ans car à cette époque, personne n'aurait pu imaginer être obligé de devoir prouver qu'on avait informé son patient. Depuis le dossier Hédreul (accident de coloscopie avec exérèse de polype, compliquée de perforation colique), c'est la preuve de l'information qui est en cause, et plus seulement la faute technique, car ici le confrère n'a pas été condamné pour incompétence ou pour faute, mais pour absence de preuve de délivrance de l'information du risque de perforation ! Cette notion se rattache à la perte de chance (de ne pas avoir subi cette complication si on avait valablement été informé) (voir fiche 144). Nous sommes donc contraints de devoir prouver à un magistrat que nous avons satisfait à cette obligation : « Le médecin est tenu d'une obligation d'information à l'égard de son patient, avant une intervention chirurgicale notamment, devant être en mesure de rapporter la preuve de la bonne exécution de cette obligation. »

Cet aspect, confirmé en outre par le Conseil d'État, a par ailleurs acquis un support législatif puisque la loi du 4 mars 2002 consacre cette idée (art. L.1111-2, al. 7, CSP).

La situation actuelle qui nous impose d'apporter cette preuve est sans doute cependant la plus logique dans une certaine mesure. Il faut dès lors analyser les divers moyens d'apporter cette preuve de l'information :

- les accompagnants d'un patient n'iront probablement pas témoigner en faveur du médecin à qui leur ami, collègue, conjoint... fait un procès, il est donc illusoire de compter sur eux ;
- le témoignage de la secrétaire du service ou du cabinet ne pourra *a priori* être, si ce n'est recevable (poids hiérarchique éventuellement additionné d'une dépendance financière), du moins incontesté ;

- l'information écrite avec demande de signature d'un patient qui indiquera :
 - qu'il déclare reçu une information complète ;
 - qu'il a parfaitement compris ce qu'on lui a expliqué ;
 - qu'il a été répondu de façon complète et satisfaisante à ses questions ;
 - qu'il se sent pleinement renseigné et informé ;
 - et que c'est donc en pleine connaissance de cause qu'il donne son accord, est certes un élément très important, **mais il est loin d'être le seul.**

Le dossier doit être rempli de façon claire, complète, et mentionner les événements pouvant générer un problème et intervenus entre le patient et le médecin :

- « n'a toujours pas fait sa biologie » ;
- « n'a toujours pas consulté X » ;
- « refuse de prendre ses bêtabloqueurs » ;
- « refuse la chirurgie prescrite »...
- « à nouveau informé du risque de... » ;
- « je téléphone/j'écris au médecin traitant pour l'informer ».

Ces précisions doivent s'inscrire globalement dans un souci permanent de la rigueur du dossier, dans la technicité comme dans l'aspect relationnel, sans hésiter à renouveler les explications au moindre doute sur leur compréhension, et à le mentionner dans le dossier.

Certaines situations exceptionnelles peuvent justifier l'envoi d'un courrier recommandé avec accusé de réception au patient, réexpliquant précisément la situation et les conseils, la marche à suivre et rappelant que le patient a refusé..., que c'est une erreur et que le praticien se tient à sa disposition.

Tous ces points sont fondamentaux et témoignent de ce que le dossier est bien tenu, avec sérieux et compétence, et que de ce fait il est extrêmement peu probable que le praticien ait commis telle faute ou tel oubli majeurs. Ils constituent ainsi de forts éléments de présomption de ce que l'information, même si elle ne peut être prouvée à chaque instant, a bien été donnée. En l'absence de preuve formelle d'un côté ou d'un autre, c'est sur ces éléments de probabilité et de présomption que le magistrat pourra envisager de se fonder.

Au plan jurisprudentiel et anecdotique, on peut citer l'arrêt 429 du 3 mars 1998 de la Cour de cassation, 1^{re} chambre civile : « La preuve du consentement des parents à une intervention réalisée sur leur enfant mineur résultait de leur demande de prise en charge, préalable à l'opération, par leur régime d'assurance maladie »... Sans commentaire.

Plus sérieusement, la traduction dans cet arrêt de la Cour de cassation de la notion de « faisceau d'arguments » en faveur de la bonne exécution de l'obligation d'information, même en l'absence de preuve formelle (1^{re} civ., 14 octobre 1997, n° 95-19.609) : « S'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, et si ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription, la preuve de cette information peut être faite par tous moyens. La cour d'appel, qui constate que la

victime, qui exerçait la profession de laborantine titulaire dans le centre hospitalier où a eu lieu la coelioscopie mortelle prescrite par son médecin gynécologue, et destinée à rechercher si elle ne présentait pas une étiologie ovarienne expliquant sa stérilité, a eu divers entretiens avec son médecin, a pris sa décision après un temps de réflexion très long et a manifesté de l'hésitation et de l'anxiété avant l'opération, a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, retenu que cet ensemble de présomptions, au sens de l'article 1353 du Code civil, démontrait que le médecin gynécologue avait informé sa patiente du risque grave d'embolie gazeuse inhérent à la coelioscopie. »

À retenir

Informé est obligatoire, le prouver aussi, et les moyens sont nombreux, ne devant pas se limiter à une reconnaissance d'information, mais devant se compléter notamment dans la qualité de suivi du dossier et des contacts avec les correspondants, ce qui peut avoir une importance fondamentale en cas de procédure.

Quelle est la responsabilité du médecin qui ne recueille pas le consentement. d'un mineur ?

La majorité légale a été abaissée à l'âge de 18 ans depuis 1974. « Par défaut », étant donné l'absence de spécification, elle ne diffère pas de la « majorité sanitaire ».

La jurisprudence était constante pour fixer l'obligation de recueillir l'avis d'un mineur en matière médicale, reprenant le point de vue :

- du Code de déontologie, d'une part (art. 42) : « Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal, et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires. Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible » ;
- du Code Civil, d'autre part, dans ses articles 371-2 et 372.

La loi du 4 mars 2002 a durci les obligations jurisprudentielles puisqu'elle impose qu'une information adaptée au degré de compréhension et de maturité du mineur soit délivrée à celui-ci, mais également que son consentement soit recueilli, dès lors qu'il est apte à le fournir.

Tout manquement à cette disposition aujourd'hui de nature légale constituera donc une faute.

À retenir

La loi du 4 mars 2002 oblige le médecin à recueillir le consentement du mineur s'il est apte à le donner. Cette évaluation d'aptitude est à la charge du médecin, mais il peut devoir répondre de cette appréciation.

Quelle est la responsabilité du médecin en cas d'acte médical sans consentement ou contraire à la volonté du patient ?

Dans les cas où la vie du patient est en jeu, le médecin est autorisé à aller contre son avis. On pense bien sûr à tous les problèmes liés aux transfusions chez les témoins de Jéhovah. Un acte chirurgical réalisé sans le consentement du patient, *a fortiori* une amputation, pourra être qualifié de « coups et blessures volontaires » et donner lieu pour le médecin à des poursuites correctionnelles. Sauf là aussi si le médecin peut prouver que l'état de son patient justifiait cet acte et que le patient était hors d'état de donner son consentement. Mais dans tous les cas, il doit chercher à obtenir le consentement d'un proche, l'article 36 du Code de déontologie médicale étant très clair à cet égard : « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. 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. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est mineur ou majeur protégé sont définies à l'article 42 » (voir fiche 147).

À retenir

La responsabilité du médecin n'est engagée que dans le cas où la vie du patient n'est pas sérieusement mise en jeu. Dans le cas où elle l'est, le médecin est autorisé à passer outre l'avis du patient et agir conformément à l'esprit de la notion de non-assistance, mettant ainsi tout en œuvre pour sauver son patient. Dans le cas contraire, et sous réserve d'une information suffisante (et prouvable !), le patient aura toute liberté pour faire, ou ne pas faire, ce qui lui a été conseillé.

Qui est l'interlocuteur du médecin concernant un mineur ?

L'interlocuteur du médecin concernant un enfant mineur est l'adulte exerçant l'autorité parentale.

En cas de divorce, la situation peut se compliquer (voir fiche 145) mais, en temps normal, l'autorité parentale est exercée conjointement entre les deux parents.

Encore faut-il que cet exercice soit harmonieux. Cette autorité peut être transférée aux adultes ayant la garde de l'enfant (grands-parents, oncle et tante, ou dans le cadre d'un centre de vacances). Dans ce cas, les responsables du centre de vacances auront pris la précaution de demander aux parents de donner un accord de principe autorisant le directeur du centre à prendre toute mesure de sauvegarde auprès d'un médecin concernant l'enfant, et l'autorisant à permettre d'opérer l'enfant en cas de nécessité.

À retenir

L'interlocuteur du médecin concernant un enfant mineur est l'adulte exerçant l'autorité parentale. En cas de divorce, la situation peut se compliquer et le médecin doit faire preuve de circonspection dans ses actes et ses déclarations.

Qui est l'interlocuteur du médecin concernant un incapable majeur ?

Il faut distinguer trois niveaux d'incapacité.

Patient sous sauvegarde de justice

Tout en conservant l'exercice de ses droits, il est protégé dans les actes de la « vie civile » (acheter, vendre, rédiger un testament...), du fait d'une altération de son jugement ou de ses capacités physiques.

Il est le destinataire de l'information, et l'auteur du consentement.

Patient sous curatelle

Il est conseillé ou contrôlé dans les actes les plus importants de la vie civile, du fait d'une altération de son jugement ou de ses capacités physiques, ou de son comportement, de joueur, de toxicomane, d'acheteur compulsif... Seuls les actes graves sont interdits sans l'accord du curateur.

Il est le destinataire de l'information, et l'auteur du consentement.

Patient sous tutelle

Il a besoin, du fait d'une altération de ses capacités physiques et/ou mentales, d'être représenté d'une manière permanente dans sa vie civile. Il n'a plus de capacité juridique.

Il est, avec son tuteur, destinataire de l'information, et son tuteur est l'auteur du consentement, **mais** le médecin doit systématiquement rechercher le consentement de son patient, dès lors que celui-ci est apte à exprimer sa volonté.

À retenir

L'interlocuteur de l'incapable majeur varie selon le statut de celui-ci : sous sauvegarde de justice, sous curatelle ou sous tutelle. Le médecin devra prendre garde à ne pas violer le secret mais à attendre le consentement de la bonne personne.

La preuve de l'information a-t-elle toujours été à la charge du médecin ?

L'arrêt Hédreul, qui a fait couler tellement d'encre depuis 1997, attribue la charge de la preuve au médecin, signifiant par là que ce n'est plus au malade de prouver qu'il n'a pas reçu l'information, mais que c'est au médecin de prouver qu'il l'a délivrée. Dans la pratique, cet arrêt très contraignant pour le corps médical constitue un nouveau revirement de la jurisprudence dans l'attribution de la charge de la preuve de l'information, puisque :

- en 1804 (art. 1315 CC) : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui s'en prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » C'est donc au demandeur d'apporter la preuve de ce qu'il avance ;
- en 1942 : « Le médecin a une obligation d'information (...) et il doit en apporter la preuve » (arrêt Teyssier), car il était reproché au médecin de n'avoir averti son client « ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir et de ses conséquences, ni du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives », ce qui fait évoquer le sens de l'article 41 du Code de déontologie médicale : « Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé » ;
- en mai 1951, l'arrêt Birot (29 mai 1951) décide que la charge de la preuve revient au patient : « (...) Il appartient [au malade], lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à [cette] obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération (...). » On peut cependant ajouter que l'on est loin ici de la légitime information sur les détails et les risques, puisque le chirurgien n'avait apparemment pas informé précisément son patient de ce qu'il allait lui faire. On peut concevoir que le patient, au réveil, ait eu quelques agacements ! ;
- et en 1997, l'arrêt Hédreul : « Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. Un patient ayant subi une perforation intestinale à l'occasion d'une coloscopie avec ablation d'un polype, a violé l'article 1315 du Code civil la cour d'appel qui l'a débouté de son action en responsabilité contre le médecin au motif qu'il lui appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti du risque de perforation au cours d'une telle intervention, ce qu'il ne faisait pas, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». Il crée pour nous une situation incontestablement plus compliquée qu'avant et constitue donc une exception jurisprudentielle au principe général du Code civil concernant l'exécution de l'obligation (voir *supra*).

Cet aspect, confirmé en outre par le Conseil d'État, a par ailleurs acquis un support législatif puisque la loi du 4 mars 2002 consacre ce principe (art. L.1111-2, al. 7CSP).

La position actuelle tant législative que jurisprudentielle sur la charge de la preuve s'inscrit comme un nouveau revirement face aux diverses situations antérieures, cette charge étant aujourd'hui au débit du médecin.

Cette position est pour nous incontestablement contraignante, mais elle semble cependant (hélas) probablement la plus logique.

À retenir

La dernière évolution jurisprudentielle (arrêt Hédreul) constitue un nouveau revirement de cette question au fil des décennies, la situation actuelle imposant au médecin la charge de la preuve que cette information a été délivrée.

IX

Indemnisation

152	Quel est le rôle de la Commission nationale des accidents médicaux ?	328
153	Que sont l'ONIAM et les CRCI ?	330
154	Quelle est l'activité des CRCI dans la gestion des conflits ?	333
155	Qu'est-ce que la nomenclature Dintilhac ?	337
156	Quel est le fonctionnement des CRCI ?	341
157	Comment évaluer le dommage subi par une victime ?	342
158	Quelles sont les nouvelles modalités de l'indemnisation ?	344
159	Qu'est-ce que la réparation intégrale en matière administrative ?	346
160	Comment protéger nos héritiers des conséquences de nos fautes professionnelles ?	348

Quel est le rôle de la Commission nationale des accidents médicaux ?

La Commission nationale des accidents médicaux, la CNAM, ou plutôt la CNAMed, afin de ne pas la confondre avec la Caisse nationale d'assurance maladie, est une création de la loi du 4 mars 2002 visant à améliorer la prise en charge indemnitaire des accidents médicaux, fautifs ou non. Elle est associée à deux entités également fruits de la loi du 4 mars 2002, que sont les commissions régionales de conciliations et d'indemnisation (CRCI), agissant en tant qu'instances conciliatrices ou instances d'indemnisation, et l'ONIAM, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux. Les CRCI prononcent des décisions relatives aux demandes d'indemnisation déposées par les assurés. L'ONIAM indemnise mais peut exercer une action récursoire.

La CNAM a pour rôle :

- à l'égard des experts :
 - **l'inscription de praticiens sur une liste nationale d'experts agréés par la CNAM.** Ces médecins doivent satisfaire à des conditions de compétence de leur domaine médical, d'indépendance, et de compétence en matière de procédure. Ils sont souvent experts judiciaires par ailleurs, et peuvent être inscrits soit dans leur domaine de spécialité, soit en dommage corporel, cette mention leur permettant d'être désigné dans d'autres domaines que leur domaine ordinal de compétence. Par ailleurs les expertises seront réalisées par un collège d'experts ou par un seul expert à la condition qu'il ait reçu de la CNAM, lors de son inscription sur la liste, l'habilitation à mener seul une expertise, sans nécessiter le concours d'un collègue inscrit dans la rubrique « dommage corporel » ;
 - **la formation continue en responsabilité médicale.** Cette charge lui échoit naturellement, et conditionne *a posteriori* la présence de l'expert sur la liste, celui-ci devant faire état de connaissances juridiques par le biais de cette formation, ou d'autres éléments de formation ;
 - **la CNAM établit également des recommandations** sur la pratique des expertises ;
- à l'égard des CRCI : **la CNAM assure l'homogénéité du dispositif** dans les 22 régions de France, constituant la référence nationale en la matière ;
- à l'égard du dispositif : **la CNAM publie annuellement un rapport** adressé au président de la République, au parlement, et au gouvernement, disponible sur le site internet : www.oniam.fr.

À retenir

L'un des rôles fondamentaux de la CNAM est d'établir et de gérer la liste nationale des experts qu'elle agréee, mais aussi d'en assurer la formation professionnelle. En collaboration avec l'ONIAM, elle assure le contrôle global du dispositif et publie un rapport annuel.

Que sont l'ONIAM et les CRCI ?

La loi du 4 mars 2002 a voulu permettre une réparation des événements médicaux dommageables non imputables à une faute médicale. Elle a créé l'**ONIAM**, Office national des accidents médicaux, la **CNAM**, Commission nationale des accidents médicaux, et les **CRCI**, commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (art. 1142-2 CSP, décret n° 2002-886 du 3 mai 2002). Ces commissions remplacent les commissions créées en 1996. L'une des originalités de ces dispositions est de fusionner la réparation des actes libéraux et des actes hospitaliers. Cette situation s'oppose au principe habituel de séparation des actions judiciaires (exercice libéral) et des actions administratives (exercice hospitalier).

ONIAM

L'ONIAM assure l'articulation entre les demandes et les CRCI. Il est administré par un conseil de 22 membres, ses deux dirigeants (président et directeur) étant nommés par décret. Sa mission relève de l'article L.1142-22 du Code de la santé publique.

Il est chargé :

- de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, en l'absence de faute et pour des préjudices atteignant les niveaux de gravité requis (voir fiche 158) :
 - des dommages créés par un accident médical, une affection iatrogène, une infection nosocomiale ;
 - ainsi que des dommages directement imputables à une vaccination obligatoire (décret du 30 décembre 2005) ;
 - de l'indemnisation des victimes d'une contamination par le VIH (art. L.1142.22 CSP) ;
 - des dommages relatifs à une prise en charge médicale motivée par une situation d'urgence ayant donné lieu à des mesures exceptionnelles ordonnées par décret ministériel (menace sanitaire grave, art. L.3110-1) ;
- des situations où, en cas de faute reconnue, l'assureur de l'auteur des faits normalement débiteur ne peut assumer sa fonction. Cette disposition rappelle la notion de fonds de garantie automobile assurant une indemnisation aux victimes d'accidents de circulation (loi Badinter) ou au fond d'indemnisation des victimes d'infractions (FIVI).

CNAM

La CNAM assure la nomination et le contrôle des experts inscrits sur la liste nationale.

CRCI

Les CRCI sont présidées par des magistrats issus de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, et sont composées d'une vingtaine de membres issus d'horizons très divers (magistrats, membres du corps médical, assureurs, représentant des « usagers », juristes). Elles peuvent se réunir en formation de conciliation ou en formation de règlement amiable (indemnisation).

Concernant l'indemnisation (figure 153.1), elles vont solliciter un expert dont le rapport servira de base de raisonnement à la gestion du dossier. Cet expert est choisi sur la liste nationale établie par la CNAMed et devra procéder à l'expertise dans un cadre contradictoire et avec les mêmes garanties d'indépendance et de compétence (tant technique que procédurale) que pour une expertise judiciaire. La décision pourra être que le dommage résulte d'une faute technique, qui sera indemnisée par les assureurs, ou qu'il n'y a pas eu de faute professionnelle imputable à un praticien ou à un établissement hospitalier.

Les CRCI analyseront tous les litiges qui leur seront présentés dès lors que le fait générateur est postérieur au 1^{er} septembre 2001. Elles peuvent être saisies par « toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à un acte de soins ou de prévention ».

La saisine des CRCI ne dispense pas de la saisine d'une autre juridiction, et réciproquement. Elle suspend le délai de prescription. Les CRCI rendent leur avis sur l'indemnisation dans un délai de six mois.

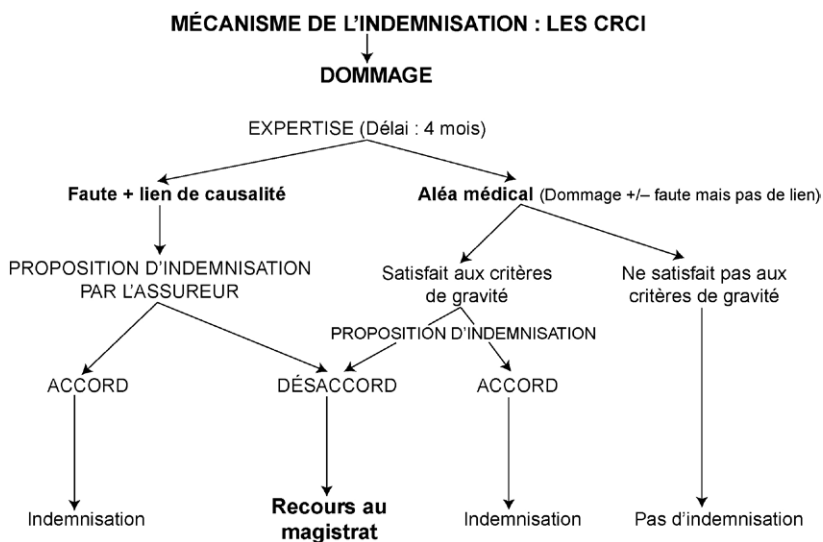


Figure 153.1
Indemnisation par la voie des CRCI.

Quelques chiffres sur les dossiers traités

Une réunion tenue le 12 juin 2006 au ministère de la Santé avait montré que sur 100 dossiers soumis aux CRCI :

- 20 sont d'emblée écartés car ne satisfaisant pas aux critères d'évaluation ;
- 80 sont l'objet d'une analyse au fond avec expertise ;
- 35 ne feront pas l'objet d'une indemnisation ;
- 45 donneront lieu à une indemnisation :
 - par les assureurs ;
 - par l'ONIAM.

Le rapport ONIAM et CRCI concernant le premier semestre 2005 a été publié au cours du premier semestre 2006. Il a dénombré 1 603 dossiers en 6 mois, soit environ 270 dossiers par mois.

Sur ce nombre, 424 dossiers étaient irrecevables.

Les autres se répartissent en cinq grands cadres :

- indemnisation par l'ONIAM pour cause d'aléa : 15,5 % ;
- indemnisation par l'assureur pour faute : 17,1 % ;
- rejet pour préjudice n'atteignant pas les 25 % d'IPP : 18,5 % ;
- absence de faute ou d'aléa (évolution prévisible de l'état antérieur) : 27,7 % ;
- demande de complément d'expertise : 10,6 %.

Il faut également considérer l'aspect purement financier : au cours de ce premier semestre 2005, l'ONIAM a versé plus de 5 millions d'euros d'indemnisation, contre 3,8 millions pour toute l'année 2004.

Ces données ont été confirmées lors d'un colloque ONIAM/CNAM (ministère de la Santé, 12 juin 2006).

Il faut par ailleurs signaler qu'au cours de ce premier semestre 2005, l'ONIAM n'a été saisi que de 24 dossiers relatifs à des infections nosocomiales, contre 19 pour toute l'année 2004.

Si l'assureur refuse d'indemniser, l'ONIAM peut envisager de se substituer et de régler l'indemnisation au demandeur. Il exercera alors secondairement une action récursoire à l'encontre de l'assureur défaillant, de manière amiable ou par la voie judiciaire.

Les CRCI ont par ailleurs une fonction de conciliation.

À retenir

ONIAM, CNAM et CRCI ont été créés par la loi du 4 mars 2002. L'ONIAM a pour fonction l'articulation entre les demandes d'indemnisation et les CRCI, qui constituent une juridiction non judiciaire d'« évaluation des responsabilités et du dommage ». L'ONIAM finance l'éventuelle indemnisation du handicap sous certaines conditions, par le biais de la solidarité nationale.

Pour en savoir plus

Chaubrun-Robert C. Bilan de l'ONIAM et des CRCI au 1^{er} semestre 2005. Responsabilité 2006 ; 6 (21) : 9-10.

Quelle est l'activité des CRCI dans la gestion des conflits ?

Face à l'évolution de la sinistralité rapportée par le GAMM dans son numéro de novembre 2008 traitant de l'exercice 2007 (figure 154.1), les CRCI constituent une voie non judiciaire de règlement des conflits dont le niveau d'activité croît significativement.

On constate sur la figure 154.2 une répartition relativement homogène de l'activité des diverses CRCI, avec une nette prédominance pour la région Île-de-France, ce qui est logique au vu du nombre d'habitants.

Qui sont les experts CRCI ?

Le diagramme de répartition de la qualification des experts CRCI (cf figure 126.1) porte ici sur 288 experts inscrits sur la liste nationale, ce chiffre datant de la mise à jour de cette liste au 1^{er} mars 2009.

Ils sont traditionnellement choisis sur dossier, eu égard à leur compétence professionnelle et à leur notoriété dans le domaine de l'expertise. À ce titre, ils sont

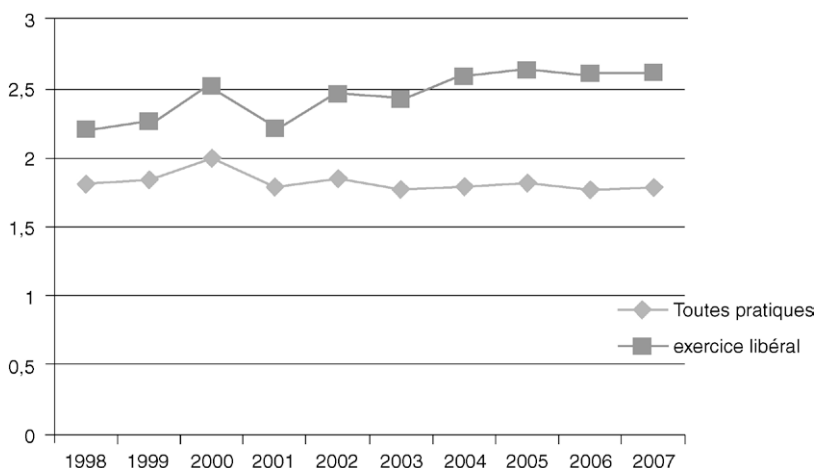


Figure 154.1

Nombre de déclarations d'accidents au GAMM pour 100 médecins entre 1998 et 2007.

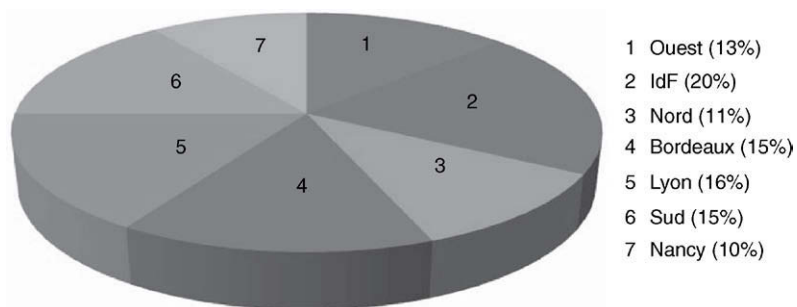


Figure 154.2

Répartition des demandes d'indemnisation selon les régions.

le plus souvent déjà experts judiciaires. Une inscription sur la liste des CRCI peut constituer une possibilité d'accéder ultérieurement au statut d'expert judiciaire.

Certaines spécialités sont particulièrement bien pourvues, comme l'orthopédie, la chirurgie digestive, la gynécologie-obstétrique, l'anesthésie-réanimation. D'autres sont moins bien représentées, comme notamment la cardiologie (4) ou la rhumatologie (5).

Caractéristiques des saisines de la CRCI

On peut constater qu'après une inflexion nette en 2006, le nombre des saisines remonte très significativement (figure 154.3).

Le devenir de ces dossiers est porté sur la figure 154.4 : on y voit que 23 % environ des dossiers sont d'emblée rejetés, pour absence patente de critères d'éligibilité ; 5 % environ font l'objet d'une expertise préalable, afin de déterminer

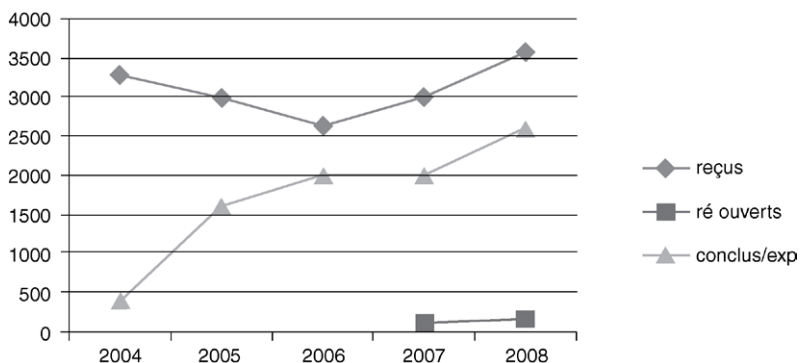


Figure 154.3

Nombre de dossiers selon leur devenir-CNAMed.

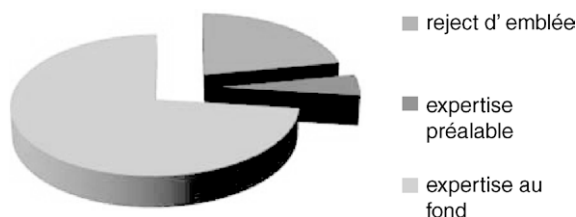


Figure 154.4
Devenir des dossiers en proportion.

« médicalement » si ces critères d'éligibilité sont ou non satisfaits ; enfin, la plus grande partie des dossiers donne lieu à désignation d'un ou plusieurs experts, dont le rapport servira de base à la réflexion de la commission, mais on rappelle que le magistrat n'est jamais tenu par les conclusions de l'expert.

Les expertises au fond amènent une évaluation du dossier par la commission. La répartition réponse favorable/réponse défavorable (au demandeur) se fait à 50/50 (figure 154.5).

Concernant les avis favorables donnés par la commission (figure 154.6), en termes d'éligibilité à la discussion de l'indemnisation, on constate que le critère

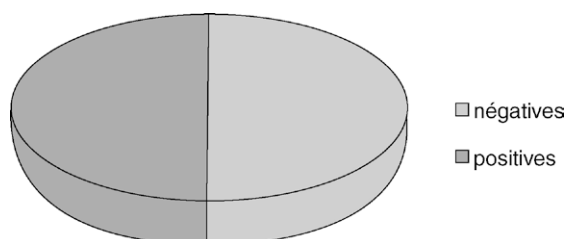


Figure 154.5
Proportion des avis favorables/défavorables rendus par les CRCI.

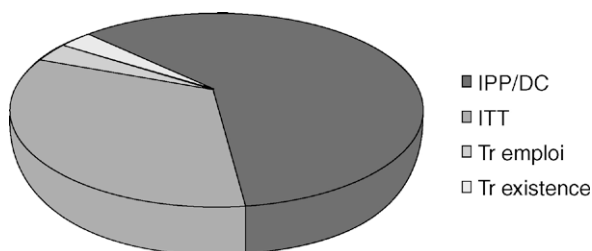


Figure 154.6
Motivation des avis rendus par les CRCI.

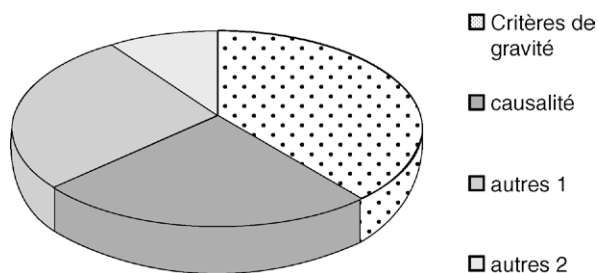


Figure 154.7
Motivation des rejets de dossiers par les CRCI.

retenu pour établir cet avis sera d'abord le taux d'IPP (> 24 %), ensuite le taux d'ITT, dépassant 6 mois consécutifs ou 6 mois répartis sur une année, puis enfin les troubles sévères dans l'existence (modification de la vie personnelle ou professionnelle).

Les motivations rendant compte d'un avis défavorable de la commission sont essentiellement centrées sur l'absence de critère de gravité et l'absence de lien de causalité (figure 154.7).

Enfin, en termes de propositions d'indemnisation, celles-ci relèvent :

- pour les infections nosocomiales, essentiellement des assureurs et secondairement de l'ONIAM ;
- pour les affections non infectieuses, essentiellement de l'ONIAM et secondairement des assureurs.

À retenir

Les experts CRCI sont saisis sur des dossiers en responsabilité. Le nombre des saisines est en notable augmentation, la plus grande activité des CRCI se tenant en Île de France, l'Aquitaine et la région Rhône Alpes. Cette activité importante n'a finalement pas réduit les saisines judiciaires. Cette situation aboutit donc à une majoration globale des actions indemnitaires.

Qu'est-ce que la nomenclature Dintilhac ?

Le président Dintilhac, président de chambre à la Cour de cassation, a élaboré la définition d'un ensemble de postes de préjudice en spécifiant les deux moments de cette évaluation, avant et après consolidation, et en colligeant les divers aspects du dommage.

Cette évaluation est reproduite ici¹.

Préjudice temporaire (avant consolidation)

Préjudices patrimoniaux

Dépenses de santé actuelle

L'expert décrira les soins médicaux et paramédicaux mis en œuvre jusqu'à la consolidation et qui sont imputables au dommage (nature, durée, dates et lieux d'hospitalisation).

Frais divers

L'expert dira si le patient/la patiente a dû avoir recours à une aide temporaire (humaine et/ou matérielle) en en précisant la nature et la durée.

Perte de gain professionnel actuel

L'expert indiquera les périodes pendant lesquelles la victime a été (avant sa consolidation) dans l'incapacité d'exercer totalement ou partiellement une activité professionnelle (il donnera des précisions sur les arrêts de travail prescrits quant à leur imputabilité à l'événement causal, sans se prononcer sur l'aspect financier qui est du domaine indemnitaire et non de l'évaluation médico-légale).

Préjudices extrapatrimoniaux

Déficit fonctionnel temporaire

L'expert décrira les gênes subies par le patient/la patiente dans ses activités habituelles, en tenant compte :

- de ce qu'elles concernent toutes les victimes dans leur « sphère » personnelle ;
- des gênes directement imputables ;
- de la période comprise entre la date de l'événement indésirable en cause (accident médical, affection iatrogène, infection nosocomiale) et la date de consolidation ;
- de leur caractère dégressif (gêne totale ou partielle).

¹ Cette énumération est empruntée à une mission CRCI.

Souffrances endurées

L'expert décrira les souffrances physiques, psychiques ou morales endurées par la victime depuis la survenue de l'événement indésirable en cause (accident médical, affection iatrogène, infection nosocomiale) à l'origine du dommage, jusqu'à la date de consolidation, et les évaluera sur une échelle de 1 à 7 degrés.

Préjudice esthétique temporaire

L'expert décrira la nature et l'importance du dommage esthétique subi temporairement jusqu'à la date de consolidation et les évaluera sur une échelle de 1 à 7 (recouvre l'altération de l'apparence physique certes temporaire mais aux conséquences personnelles très préjudiciables, liée à la nécessité de se présenter dans un état physique altéré au regard des tiers, notamment chez les grands brûlés ou les traumatisés de la face).

Préjudices permanents (après consolidation)

Préjudices patrimoniaux

Dépenses de santé futures

L'expert se prononcera sur la nécessité de soins médicaux ou paramédicaux, d'appareillage et/ou de prothèses nécessaires après la consolidation. Il précisera s'il s'agit de soins occasionnels (limités dans le temps) ou définitifs.

Frais de logement adapté

L'expert indiquera si des aménagements domotiques sont nécessaires pour pallier les gênes engendrées par l'inadaptation du logement.

Frais de véhicule adapté

L'expert se prononcera sur la nécessité de recourir à un véhicule aménagé. Il précisera les éventuelles difficultés qu'éprouve le patient/la patiente à se mouvoir en transport en commun.

Assistance par tierce personne

L'expert indiquera si la victime a besoin d'une tierce personne pour l'assister dans les actes de la vie quotidienne, préserver sa sécurité et suppléer sa perte d'autonomie. Il précisera les modalités de l'aide ainsi nécessitée : fréquence, durée d'intervention, qualification de la personne affectée à cette aide (spécialisée ou non, aide ménagère, aide-soignante, infirmière). Cette évaluation sera faite en faisant abstraction de l'aide éventuellement apportée par l'entourage du patient/ de la patiente (c'est-à-dire en considérant que le patient/la patiente ne bénéficie d'aucune aide de son entourage).

Perte de gains professionnels futurs et incidence professionnelle

L'expert dira si, en raison de l'incapacité permanente dont la victime reste atteinte après sa consolidation, celle-ci subit/va subir une modification de son activité professionnelle (les experts discuteront l'imputabilité de cette situation à l'événement causal). Il précisera la nature du retentissement professionnel :

- reclassement ou changement de poste ;
- perte d'emploi ;
- nécessité d'un temps partiel.

Pour les jeunes victimes ne percevant pas, à la date du dommage, de gains professionnels, l'expert indiquera si l'incapacité permanente risque à l'avenir de les priver de ressources professionnelles.

Préjudice scolaire ou universitaire

L'expert dira si, en raison des lésions consécutives à l'événement indésirable en cause (accident médical, infection nosocomiale), la victime a subi une perte d'année d'étude scolaire ou universitaire, en précisant, le cas échéant, si celle-ci a dû se réorienter ou renoncer à certaines ou à toutes formations du fait de son handicap.

Préjudices extrapatrimoniaux

Déficit fonctionnel permanent

Il correspond à la réduction définitive du potentiel physique, psychosensoriel et/ou intellectuel résultant de l'atteinte de l'intégrité anatomophysiologique médicalement constatable, à laquelle s'ajoutent des phénomènes douloureux et des répercussions psychologiques ainsi que les conséquences liées à cette atteinte dans la vie de tous les jours.

En pratique, son évaluation se confond avec celle de l'IPP, et son taux doit être évalué, après description, par référence au barème annexé au décret 2003-314 du 4 avril 2003 relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévues à l'article L.1142-1 du Code de la santé publique.

Préjudice d'agrément

L'expert donnera un avis motivé sur l'impossibilité définitive de continuer la pratique d'une activité spécifique sportive ou de loisirs régulièrement exercée antérieurement (en discutant l'imputabilité à l'événement causal).

Préjudice esthétique permanent

L'expert décrira la nature et l'importance du préjudice esthétique subi de façon définitive après la consolidation de l'état de la victime et l'évaluera sur l'échelle de 1 à 7.

Préjudice sexuel

L'expert indiquera s'il existe ou existera (lorsque la victime est un enfant) un préjudice sexuel (en se référant à la nomenclature Dintilhac).

Préjudice d'établissement

L'expert apportera tous éléments permettant de déterminer si du fait de la gravité du handicap résultant de l'événement indésirable en cause, la victime a perdu un espoir ou une chance de réaliser un projet de vie familiale « normal » (se marier, fonder une famille, élever des enfants).

Autres préjudices

L'expert donnera, le cas échéant, son avis sur l'existence éventuelle :

- d'un préjudice permanent exceptionnel ou ;
- d'un préjudice lié à une pathologie évolutive :
 - préjudice permanent exceptionnel ;
 - description de la pathologie et de son mécanisme, du risque éventuel (en se référant à la nomenclature Dintilhac).

Cette nomenclature, très exhaustive, permet d'aborder tous les postes de préjudice et, par son caractère systématique, assure le justiciable de ce que la mission sera complète en ce sens, la demande du magistrat étant « d'évaluer le préjudice en se référant à la nomenclature Dintilhac ». Par ailleurs, le caractère d'uniformisation garantit l'homogénéité de la discussion de l'indemnisation vis-à-vis des diverses juridictions et, par ailleurs, des CRCI.

À retenir

La nomenclature Dintilhac est une classification très exhaustive de l'ensemble des préjudices. Elle représente la formalisation des diverses demandes d'évaluation de façon unifiée, et permet, par sa demande explicite par le magistrat, de déclencher le processus d'évaluation complète et standardisée de l'évaluation par l'expert du préjudice et du dommage. L'incontestable surcroît de travail pour l'expert est contrebalancé par l'apport réel de cette nomenclature, passée aujourd'hui dans les usages, et permettant à tous de pouvoir se repérer sur les mêmes critères.

Quel est le fonctionnement des CRCI ?

Les CRCI sont composées de 21 membres :

- un président, issu soit de l'ordre judiciaire, soit de l'ordre administratif ;
- six représentants des usagers ;
- six représentants des professions de santé ;
- deux représentants de l'ONIAM ;
- deux représentants des assureurs ;
- quatre personnalités qualifiées (professeurs de médecine ou de droit).

Le vote se fait à main levée, le président ayant une voix prépondérante lorsque, la totalité des membres n'étant pas présente, il y a ambiguïté de vote.

Les critères d'éligibilité sont alternatifs et non cumulatifs ; ils clairement exposés :

- deux critères de handicap :
 - IPP > 24 % ;
 - ITT > 6 mois consécutifs ou 6 mois sur une année ;
- deux critères subjectifs :
 - troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence ;
 - perte de l'activité professionnelle.

S'il y a doute sur les conditions d'éligibilité d'un dossier, la commission demande une expertise préalable non pour analyser entièrement le dossier, mais pour fixer les préjudices en termes de quantification : le dommage est-il ou non supérieur à 24 % ? L'ITT a-t-elle dépassé 6 mois ?

Si la demande est éligible, l'expertise au fond est ordonnée. Le délai (théorique) est de 6 mois à compter de la saisine.

L'expertise est ensuite confiée à un expert appartenant à la liste nationale des experts agréés par la CNAMed, qui dispose de 4 mois pour mener à bien ses opérations.

Il rend son rapport à la CRCI, rapport qui est diffusé aux diverses parties, et qui sert au raisonnement ultérieur des parties et de la commission.

À retenir

Les CRCI permettent le règlement « amiable », rapide, peu onéreux, de dossiers de contentieux médicaux sans devoir recourir à la voie judiciaire, quand les parties ne se satisfont pas du principe de l'arbitrage ou de la conciliation privée. La progression du nombre des décisions rendues par ces structures issues du principe de conciliation inscrit dans l'idée même de la loi du 4 mars 2002 rend compte l'importance de leur rôle sur l'échiquier du dommage et de l'indemnisation en matière médicale.

Comment évaluer le dommage subi par une victime ?

L'évaluation du dommage se fait par le biais d'une expertise réalisée par un expert à la demande soit d'une compagnie d'assurance, soit d'un magistrat. L'évaluation se fera grâce aux divers éléments récoltés dans le dossier, qui est censé arriver complet sur le bureau de l'expert, car il n'est pas à sa charge de prescrire un examen complémentaire.

L'évaluation tiendra compte des antécédents à la condition exclusive qu'ils soient contributifs, des éléments d'anamnèse, de l'interrogatoire, de l'examen clinique et des divers examens complémentaires paracliniques, biologiques, radiologiques, échographiques, immunologiques, des consultations spécialisées, des comptes rendus d'hospitalisation. La synthèse de ces divers éléments permettra d'arriver à une évaluation précise du handicap. Il faudra alors tenir compte, après avoir montré l'existence d'une imputabilité médicale, de l'état antérieur pour savoir quels éléments du handicap global pourront être rattachés à l'événement récent.

L'approche indemnitaire ne se conçoit pas sans une définition chiffrée du handicap. En effet, « chaque point compte » pour établir le montant d'une éventuelle indemnité, le montant de cette indemnisation étant fonction de la quantification – en points de pourcentage – du niveau de l'incapacité partielle permanente (IPP, dénommée également AIPP). Cette IPP pourra faire l'objet d'une évaluation professionnelle, ou « fonctionnelle » (non liée à l'activité professionnelle).

Le handicap se décline en plusieurs rubriques au plan indemnitaire :

- au plan fonctionnel : ce que je pouvais faire, ce que je ne peux plus faire ;
- au plan clinique : limitation de..., impossibilité de... ;
- au plan paraclinique : certains examens objectifs viendront conforter la première évaluation ou, au contraire, constituer un doute face à une incohérence.

La définition du dommage doit donc impérativement tenir compte de ce va-et-vient entre la vie d'avant et la vie après l'événement, et c'est cette différence, évaluée et expliquée dans le rapport, qui constitue le handicap à indemniser, sous réserve de l'imputabilité.

L'expert se référera aux barèmes « en vigueur ». En pratique, la mission précise le barème auquel elle attend que l'expert se réfère, généralement le barème du *Concours médical* ou le barème de l'assureur, annexé à la mission.

En termes d'évaluation d'un dommage, la mission demandera un chiffrage d'IPP (incapacité permanente partielle) et de l'ITT (incapacité temporaire de travail), reclassement professionnel. Elle pourra lui demander également de se prononcer sur le fait de savoir si l'état de santé du demandeur s'accorde avec la définition de l'IPP ou de l'ITT telles qu'elles sont mentionnées dans le contrat d'assurance,

dans le cadre d'une interruption de travail avec demande de mise en jeu de l'assurance interruption de travail, pour les professions libérales ou les artisans.

La mission demandera également à l'expert de se prononcer sur les autres postes de préjudice :

- préjudice esthétique ;
- souffrances endurées ;
- préjudice d'agrément ;
- préjudice sexuel.

La notion de dommage par ricochet peut également être abordée, le dommage de la victime retentissant sur le mode de vie et les dépenses de son entourage proche.

D'autres préjudices pourront nécessiter une évaluation de frais :

- frais de santé futurs ;
- frais d'aménagement du lieu de vie ;
- frais d'adaptation du véhicule ;
- préjudice professionnel ;
- perte de scolarité ;
- perte de revenue ;
- frais funéraires.

Il faut souligner une nouvelle fois l'importance de la standardisation de l'évaluation du handicap du fait de ce qu'il est convenu de dénommer la nomenclature Dintilhac.

C'est l'ensemble de tous ces éléments qui permettra de définir et quantifier le handicap subi par une victime, ce dommage étant précisé poste par poste dans le rapport de l'expert, et évalué de la façon la plus précise et incontestable possible, argumentée, étayée, référencée.

À retenir

L'évaluation du préjudice doit être méthodique, évaluée selon les demandes précises de la mission au risque de commettre un « contresens », du type « évaluation fonctionnelle » alors que c'est une « évaluation professionnelle » qui était demandée. Des méthodes, des barèmes et l'expérience de l'expert permettront de parvenir à une évaluation, souvent complexe du fait des préjudices « annexes ».

Quelles sont les nouvelles modalités de l'indemnisation ?

La loi du 4 mars 2002 a modifié et précisé fondamentalement les conditions d'indemnisation des accidents médicaux (figure 158.1).

La situation est finalement aujourd'hui assez simple.

La faute est établie

Dans le cas d'une action judiciaire initiale, c'est un jugement de TGI ou un arrêt de cour d'appel qui condamnera le médecin auteur du dommage à verser une somme à sa victime, l'aspect financier de cette condamnation étant réglé par l'assureur. À charge pour l'assureur de répercuter partiellement son sinistre sur le montant des primes de son souscripteur. Mais le versement de cette indemnisation peut être décidé par les CRCI, leur décision ayant autorité.

La faute n'est pas établie

L'ONIAM prend en charge l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs en cas de préjudice :

- directement imputable à un acte de prévention, de diagnostic ou de soins ;
- qui a sur le patient des conséquences anormales sur son état de santé prévisible ;
- et qui présente un caractère de gravité, matérialisé par le fait :
 - qu'il existe une incapacité temporaire de travail de six mois consécutifs ou de six mois au cours des douze derniers mois ;
 - ou que l'IPP est supérieure à 24 %, condition d'éligibilité du dossier à la discussion en CRCI ;
 - ou qu'il existe du fait de la situation des troubles graves y compris économiques (ce point concernant les personnes sans activité professionnelle, afin qu'elles puissent malgré tout tirer bénéfice du principe de l'indemnisation pour atteinte financière, laquelle ici ne peut se matérialiser par une cessation d'activité imposée du fait de la maladie) ;
 - ou que l'on constate un arrêt définitif de l'activité professionnelle.

En ce qui concerne le cas particulier des accidents liés à une infection nosocomiale, les critères sont les suivants :

- IPP supérieure à 25 % ;
- ou décès ;
- ou circonstances exceptionnelles.

INDEMNISATION PAR LA VOIE JUDICIAIRE

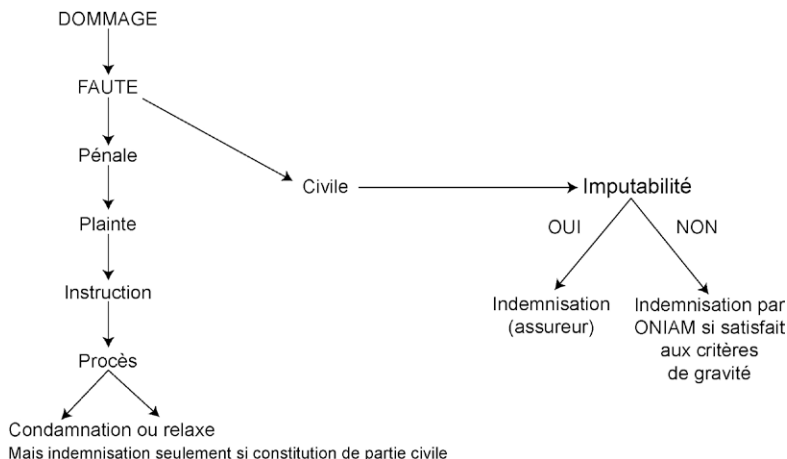


Figure 158.1

Indemnisation par la voie judiciaire.

Situation particulière

L'assureur est défaillant, ou l'auteur n'est pas assuré (malgré le bon sens élémentaire, et l'obligation légale d'assurance depuis la loi du 4 mars 2002) : l'ONIAM assure l'indemnisation de la victime au titre de la solidarité nationale. Il aura la faculté d'une action récursoire.

À retenir

La situation est différente selon que la responsabilité est engagée ou non : dans le premier cas, c'est l'assureur du responsable qui indemniser la victime, dans l'autre, selon certaines conditions, l'ONIAM, de même si l'assureur est défaillant, à charge pour lui d'exercer secondairement une action récursoire à l'encontre de cet assureur.

Qu'est-ce que la réparation intégrale en matière administrative ?

Le préjudice est la conséquence directe du fait générateur, à la condition d'une imputabilité. Le lien doit être certain et direct pour pouvoir donner lieu à indemnisation.

En matière administrative, comme en matière civile, une faute sans préjudice n'ouvre pas droit à une indemnisation au motif qu'elle aurait pu créer un préjudice. Tel n'est pas le cas en matière pénale, avec l'implication de la notion de mise en danger de la vie d'autrui.

Ici, le Conseil d'État se place donc dans la stricte réalité, sans supputation de ce qui aurait pu se produire. Et à ce titre, il rappelle dans un arrêt du 21 février 2000 que : « Considérant que la faute ainsi commise par l'État n'est susceptible d'ouvrir droit à réparation au profit de M. V. que dans la mesure où elle a entraîné pour celui-ci un préjudice direct et certain. »

La notion de perte de chance positionne le préjudice à un emplacement mouvant. En effet, si en 2003 le Conseil d'État produit un arrêt au terme duquel la réparation, dans le cadre d'une perte de chance, doit être strictement intégrale, cette disposition est remise en question en décembre 2007 : « Dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement du patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à une 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 » (CE 21 décembre 2007, CH Vienne).

C'est donc cette fois l'intégralité – non pas de la totalité du préjudice – mais de la fraction de préjudice que représente la perte de chance qui sera indemnisée.

Cette notion introduit directement la notion de réparation certes intégrale, mais le caractère partiel de cette réparation au titre du caractère tout aussi partiel de la perte de chance relativement à l'entière du dommage lui-même. Il faut alors calculer par pourcentage.

L'arrêt du Conseil d'État du 11 avril 2008 confirme cette position de la part de la juridiction administrative suprême, en validant la notion de perte de chance partielle, en l'espèce à hauteur de 50 % : « Lorsque la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier fait perdre à celui-ci une chance d'éviter le dommage constaté, la réparation qui incombe à l'hôpital doit être évaluée à une fraction de ce dommage, déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue. » En cela, le Conseil d'État

rejoint la juridiction judiciaire dans le principe du fractionnement de la perte de chance, déterminant de fait le pourcentage de l'indemnisation du préjudice par rapport au dommage dans son ensemble.

C'est toute la notion de réparation intégrale mais d'indemnisation incomplète : le dommage résultant de la perte de chance est complètement indemnisé, mais il ne résulte que d'une imputabilité partielle déterminant une perte de chance fractionnée, et de ce fait ne donnera lieu qu'à une indemnisation partielle du préjudice total. Celle-ci aurait été complète si la perte de chance avait été déclarée à 100 %. Elle sera intégrale du préjudice subi « indemnisable », donc réparation intégrale mais indemnisation partielle. Dans le cas d'espèce, le préjudice des plaignants était estimé à 17 000 € mais ce chiffre était déterminé *in globo*. Dès lors, la perte de chance ayant été déterminée à 50 %, l'indemnisation serait de 8 500 €, intégralement ces 8 500 € mais pas plus. C'est donc bien une indemnisation incomplète mais une réparation intégrale du préjudice indemnisable.

À retenir

Le Conseil d'état accède au principe de la répartition intégrale... de la partie de préjudice imputable à la faute retenue, au terme de deux arrêts de décembre 2007 et d'avril 2008, assurant dès lors une indemnisation certes incomplète mais la réparation intégrale du réel préjudice imputable.

Comment protéger nos héritiers des conséquences de nos fautes professionnelles ?

Les héritiers sont la continuité du défunt devant la juridiction civile. Ils « sont » le défunt, dans ses actifs (sous réserve des droits de succession) comme dans son passif. Les dettes d'une personne décédée sont transmises à ses héritiers, à la condition que ceux-ci acceptent l'héritage. À ce titre et dans certaines conditions, ils peuvent donc être traduits devant une juridiction civile. En revanche, étant donné que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait » (art. 121-1), l'action publique « s'éteint » au décès de son acteur poursuivi en matière pénale.

Cette « dette » contractée par le médecin du fait d'une faute professionnelle est donc transférée à ses héritiers, et la condamnation peut être prononcée si la « triade malheureuse » est constituée : faute-dommage-lien de causalité certain, total et direct.

S'assurer est une obligation au terme de la loi du 4 mars 2002. Cette notion est complétée par la loi du 30 décembre 2002, qui modifie l'article L.251-2 du Code des assurances, de sorte que le dernier contrat conclu avant le retrait ou le décès d'un médecin « garantit également les sinistres pour lesquels la première réclamation est formulée pendant un délai fixé par le contrat, à partir de la date de résiliation ou d'expiration de tout ou partie des garanties, dès lors que le fait générateur est survenu pendant la période de validité du contrat ou antérieurement à cette période dans le cadre des activités de l'assuré garanties au moment de la première réclamation. Ce délai ne peut être inférieur à dix ans ».

Cette disposition garantit donc le médecin et de ce fait ses héritiers pendant ce délai.

Si le montant de la dette excède le montant de la garantie couverte par l'assureur, c'est l'ONIAM qui assure la prise en charge, mais dispose de la possibilité d'une action récursoire à l'encontre des héritiers.

À retenir

Même si les rapports d'un médecin avec son assureur sont excellents, il est très souhaitable de conserver tous documents relatifs à son assurance professionnelle et de transmettre la notion de l'importance de cette conservation à son entourage.

Pour en savoir plus

Claudot F, Jullières Y. Responsabilité professionnelle : protégez vos héritiers ! Consensus Cardio
2007 ; 27 : 26–8.

Code des assurances.

Loi du 30 décembre 2002.

Conclusion

Le monde médical a considérablement changé depuis quelques décennies, du fait des bouleversements dans les connaissances médicales et chirurgicales, mais aussi parce que nos patients sont devenus des « justiciables », intéressés non seulement à leur guérison mais aussi à rechercher le cas échéant une faute de leur médecin, et à l'en faire punir...

L'arrêt Mercier est venu révolutionner en 1936 les bases mêmes de la responsabilité civile médicale en lui donnant un caractère contractuel. La notion de faute prouvée et l'obligation de moyens constituent les bases de l'engagement de notre responsabilité professionnelle, ces notions étant réaffirmées à chaque occasion par les arrêts de la Cour suprême, et gouvernées principalement par l'article 1147 du Code civil. Toutefois, comme on l'a vu dans plusieurs aspects de cet ouvrage, le caractère exclusif de l'obligation de moyens montre une incontestable tendance à la multiplication de situations d'exception générant peu ou prou une obligation de résultats. Cette évolution doit susciter de notre part une grande vigilance face à un domaine juridique qui initialement ne nous est pas familier.

Ainsi, les nombreux arrêts « fondamentaux » de ces dernières années concernant la présomption de responsabilité en matière d'infection nosocomiale, mais aussi le sens de la charge de la preuve en matière d'information au patient, notamment, sont essentiels à connaître et à prendre en compte.

De même, cet arrêt Perruche si controversé puis si contesté, au point que la loi du 4 mars 2002, surnommée par certains « loi anti-Perruche », affirme dans son article premier que « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait d'être né », afin de contrer les conséquences pratiques de cet arrêt. Cette disposition donne malgré tout lieu à intervention de la part de la CEDH et à condamnation de la position française au titre de la non-rétroactivité du texte.

Le risque d'implication pénale de notre responsabilité professionnelle est permanent, même si les instances de cette nature sont assez rares. Cette menace, qui peut nous toucher tant dans notre activité hospitalière que dans notre activité libérale, nous inquiète toujours, et à juste titre, d'autant qu'aucun système d'assurance ne peut nous en exonérer. La loi Fauchon a limité le risque d'implication au plan hospitalier surtout, pour une responsabilité qui, de toute façon, reste strictement personnelle. La question des blessures par imprudence reste en première ligne du risque d'implication pénale d'un médecin dans son exercice professionnel, avec les questions de violation du secret et de non-assistance à personne en péril. L'application de règles de bon sens et de prudence doit pouvoir nous aider à limiter les risques de mise en cause face à cette juridiction répressive. Quoi qu'il en soit, ce risque d'implication pénale est une réalité potentielle mais incontournable.

La responsabilité hospitalière est plus protectrice pour le médecin que la responsabilité civile, même si elle tient compte de l'évolution récente de la société à travers la jurisprudence de ces dernières années, notamment concernant l'abandon de la faute lourde, l'aléa thérapeutique ou le devoir d'information. Mais elle n'engagera jamais la responsabilité personnelle du médecin, sauf exceptions, la

notion de faute détachable étant engagée de façon rarissime, cantonnée à des situations très spécifiques, et l'activité privée rejoignant la responsabilité civile.

Enfin, la responsabilité disciplinaire est une réalité, les sanctions étant potentiellement privatives du droit d'exercice. La procédure a été modifiée par la loi du 4 mars 2002. Les décisions de cette juridiction sont susceptibles d'appel devant le Conseil national, mais curieusement les faits litigieux sont imprescriptibles.

L'analyse de l'évolution du droit médical depuis la fin de l'année 2006, date de dépôt du manuscrit de la première édition de cet ouvrage chez l'éditeur, est l'occasion de constater un certain nombre de modifications des règles et de leur interprétation jurisprudentielle, et de justifier la nécessité de connaissance que nous devons impérativement en avoir.

L'actualisation de cet ouvrage est destinée, outre l'extension des thèmes analysés, à permettre au lecteur de mieux s'approcher des principes judiciaires et administratifs actuels (l'aspect administratif ayant été notablement développé dans cette deuxième édition, sur les conseils de quelques collègues experts judiciaires), de leur application et leurs risques éventuels.

Les fondements de la justice applicables au corps médical ne doivent plus nous être inconnus, et nous devons, de même que nous paraissons nos connaissances dans notre domaine d'activité médicale, nous informer des modifications intervenant dans le paysage médicojuridique. Cela nous aidera à prendre la bonne décision, notamment bien sûr en termes de précaution ou de prévention.

Enfin, il nous faut parler avec nos patients, parler et parler encore, les informer, recueillir la preuve de cette information, mais aussi et surtout établir un contact du meilleur niveau possible (ce n'est pas toujours facile...) afin de ne pas débiter une relation d'une façon imparfaite, qui ne pourra que s'envenimer en cas de situation risquant d'impliquer notre responsabilité professionnelle.

La constatation du nombre impressionnant d'instances ayant débuté sur une incompréhension ou une attitude du corps médical jugée hautaine ou dédaigneuse doit impérativement nous inciter à améliorer cet aspect de notre pratique, et de notre relation avec nos patients, sans pour autant tomber dans le travers d'un « clientélisme » déplacé.

Nous devons donc naviguer avec précaution, non plus seulement entre nos obligations scientifiques et éthiques, mais au milieu des risques grandissants d'écueils judiciaires. Des précautions complémentaires, issues des notions contenues dans cet ouvrage, doivent nous aider à être aussi peu attaquables que possible, dans un contexte où l'américanisation de l'état d'esprit de quelques-uns en matière de droit à indemnisation fait courir à la médecine et à ses acteurs des risques importants de tous ordres.

Bibliographie

Outre les éléments de jurisprudence et les articles spécifiquement cités dans chaque chapitre, l'auteur s'est référé aux publications suivantes :

- AJDA CD-Rom Dalloz, actualité juridique, droit administratif, 2004.
- Biclet P, Jonas C, Sevestre B. Aspects juridiques de la pratique médicale. 2^e édition. Éditions Doin, coll. « Conduites », Rueil-Malmaison, 2004.
- Code civil 2009.
- Code de déontologie médicale, 1995.
- Code de procédure civile, 2004.
- Code de procédure pénale, 2004.
- Code de santé publique, 2006.
- Code pénal, 2007.
- Collectif. Le praticien et la Sécurité sociale. Éditions L&C, Paris, 1999.
- Creusot G. Dommage corporel et expertise médicale. Masson, coll. « Abrégés », Paris, 2006.
- Dupeyroux JJ, Pretot X. Sécurité sociale – 9^e édition. Paris : Éditions Syrey ; 1996.
- Dupont M, Calinaud C, Fourcade A, Jars-Guinestre MC. Recommandations pour la communication médicale. Guide AP-HP. Impression Europe Media Publication ; 2001.
- Dupont M, Fourcade A. L'information médicale au patient, règles et recommandations. Rueil-Malmaison : Guide AP-HP. Éditions Lamarre ; 2000.
- Durignon M. Pratique médico-légale. Paris : Masson ; 2003.
- Harichaux M, Monroche A. Droit de la santé. Masson, coll. « Droit médical pratique », Paris, 2003.
- Hoerni B, Benezech M. Le secret médical. Masson, coll. « Abrégés », Paris, 1996.
- Hureau J, Poitou D. L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel – 3^e édition. Paris : Masson ; 2010.
- Lambert-Faivre Y. Droit du dommage corporel – 4^e édition. Paris : Dalloz ; 2002.
- Lucas-Baloup I, Schul JF. Expertise médicale judiciaire : 20 questions sur la méthodologie et le statut de l'expert. Paris : Éditions Scrof ; 1997.
- Mondielli E. L'essentiel de la bioéthique et du droit de la biomédecine. Paris : Gualino éditeur ; 2008.
- Moussa T. Droit de l'expertise. Paris : Dalloz ; 2008.
- Nouveau Code de procédure civile, 2004.
- Paley-Vincent C. Responsabilité du médecin : mode d'emploi. Paris : Masson ; 2002.
- Recueil Dalloz, CD-Rom, 2004.
- Rogier A. Responsabilité médicale, la référence pour les hôpitaux, médecins, juristes. Paris : Eska ; 2005.
- Rousseau C, Fournier C. Précis d'évaluation du dommage corporel en droit commun. Diffusion Soulis Cassegrain. Niort ; 1996.
- Thouvenin D. Le secret médical et l'information du malade. Lyon : Presses universitaires ; 1982.
- Thouvenin D. Responsabilité médicale. Paris : Flammarion Médecine-Sciences ; 1996.
- Vayre P, Vannineuse A. Le risque annoncé de la pratique chirurgicale. Paris : Springer-Verlag ; 2003.

Références Internet

www.agmed.sante.gouv.fr : site de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS).

www.ameli.fr : site de la Sécurité sociale, avec accès à la rubrique « Professionnels de santé ».

www.conseil-national-medecin.fr : site du Conseil national de l'Ordre des médecins.

www.droit-medical.net : ouvre l'actualité du droit lié à l'exercice de la médecine, avec possibilité de questionner le site à travers un forum.

www.droit-medical.net : les arrêts de la Cour de cassation.

www.ccne-ethique.fr : site du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

www.has-sante.fr : site de la Haute Autorité de Santé. Délivre notamment des informations sur l'accréditation et les recommandations de bonne pratique clinique.

www.jurisques.com : traite de questions liées à la responsabilité, à l'assurance, et au contentieux de l'indemnisation.

www.legifrance.gouv.fr : site du *Journal officiel de la République française*. Service public de la diffusion du droit, textes législatifs, Code de déontologie notamment. Ce site permet également l'accès à la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative.

www.macsfr.fr/responsabilite/index.html : site de la MACSF.

www.oniam.fr : site de l'ONIAM. Il concerne l'indemnisation des accidents médicaux.

www.sante.gouv.fr : site du ministère de la Santé, avec un accès aux dossiers du ministère en ligne, traitant notamment de thèmes d'actualité et des programmes nationaux.

www.sante.ujf-grenoble.fr : conditions réglementaires des expertises médicales.

Annexes

1	Serment d'Hippocrate	356
2	Code de déontologie médicale	357
3	Principaux articles du Code pénal en matière de responsabilité médicale	360
4	Principaux articles du Code civil en matière de responsabilité médicale	363
5	Quelques arrêts marquants et/ou fondateurs de l'actuelle jurisprudence	364
6	Personne de confiance	371
7	Déchets d'activités de soins à risques infectieux et assimilés	373
8	L'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins	375

« En présence de mes maîtres de cette faculté, de mes chers condisciples et selon la tradition d'Hippocrate, je promets et je jure d'être fidèle aux lois de l'honneur et de la probité dans l'exercice de la médecine.

Je donnerai mes soins gratuits à l'indigent et n'exigerai jamais un salaire au-dessus de mon travail. Admis à l'intérieur des maisons, mes yeux ne verront pas ce qui s'y passe, ma langue taira les secrets qui me seront confiés et mon état ne servira pas à corrompre les mœurs ni à favoriser le crime.

Respectueux et reconnaissant envers mes maîtres, je rendrai à leurs enfants l'instruction que j'ai reçue de leurs pères.

Que les hommes m'accordent leur estime si je suis fidèle à mes promesses, que je sois couvert d'opprobre et méprisé par mes confrères si j'y manque. »

Formulation en vigueur dans les années 1980.

Code de déontologie médicale

Édition 1995

On ne peut pas citer tous les « articles importants » de ce code, ils le sont tous ou presque, certains paraissent toutefois plus fondamentaux.

Article 2 : « Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. »

Article 3 : « Le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine. »

Article 4 : « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt de patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui aura été confié, mais ce qu'il aura vu, entendu ou compris. »

Article 5 : « Le médecin ne peut aliéner son indépendance sous quelque forme que ce soit. »

Article 9 : « Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires. »

Article 11 : « 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. »

Article 15 : « Un médecin ne peut participer à des recherches biomédicales que dans les conditions prévues par la loi. Il doit s'assurer de la régularité et de la pertinence de ces recherches ainsi que de l'objectivité de leurs conclusions (...). »

Article 23 : « Tout compérage entre médecins, entre médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux, ou toute personne physique ou morale est interdit. »

Article 28 : « La délivrance d'un certificat de complaisance ou d'un rapport tendancieux est interdite. »

Article 32 : « 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. »

Article 33 : « Le médecin doit toujours 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. »

Article 35-2 : dans certains cas qu'il estimera en conscience le médecin n'est pas tenu de révéler à son patient l'ensemble des éléments de son dossier médical : « Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. »

Article 36 : « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. 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. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est mineur ou majeur protégé sont définies à l'article 42. »

Article 41 : « Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé. »

Article 44 : « Lorsqu'un médecin discerne qu'une personne auprès de laquelle il est appelé est victime de sévices ou de privations, il doit mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et de circonspection. S'il s'agit d'un mineur de quinze ans ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique, il doit, sauf circonstances particulières qu'il apprécie en conscience, alerter les autorités judiciaires médicales ou administratives. »

Article 47 : « Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. Hors les cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avvertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins. »

Article 72 : « Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment. Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle. »

Article 73 : « Le médecin doit protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quel que soit le contenu ou le support de ces documents. Il en va de même des informations médicales dont il peut être le détenteur. Le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publications scientifiques ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. À défaut, leur accord doit être obtenu. »

Article 105 : « Nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade. Un médecin ne doit pas accepter de mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services. »

Article 106 : « Lorsqu'il est investi d'une mission, le médecin expert doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités, ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent code. »

Article 107 : « Le médecin expert doit, avant d'entreprendre toute opération d'expertise, informer la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé. »

Article 108 : « Dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées, hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il aura pu connaître à l'occasion de cette expertise. Il doit attester qu'il a accompli personnellement sa mission. »

Principaux articles du Code pénal en matière de responsabilité médicale

Article 111-4 : « La loi pénale est d'interprétation stricte. »

Article 121-2 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement (...) des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. »

Article 121-3 : « Il y a (...) délit lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir ou des moyens dont il disposait. (...) Les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité, qu'elles ne pouvaient ignorer. »

Article 158 du Nouveau Code de procédure pénale : « La mission de l'expert, qui ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique, est précisée dans la mission qui ordonne l'expertise. »

Article 221-6 : « Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui, constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. »

Article 222-19 : « Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues par l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, une incapacité de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. »

Article 223-1 : « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière

de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Article 223-2 : « Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement (...) de l'infraction définie à l'article 223-1 (...). »

Article 223-3 : « Le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

Article 223-5 : « Le fait d'entraver volontairement l'arrivée de secours destinés à faire échapper une personne à un péril imminent ou à combattre un sinistre présentant un danger pour la santé des personnes est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. »

Article 223-6 : « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou les tiers, soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Sera puni de la même peine quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant des secours. »

Article 223-7 : « Quiconque s'abstient volontairement de prendre ou de provoquer les mesures permettant, sans risque pour lui ou pour les tiers, de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

Article 223-8 : « Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur « ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser », dans les cas prévus par les dispositions du Code de santé publique, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Les mêmes peines sont applicables lorsque le consentement a été retiré. »

Article 223-9 : « Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 de l'infraction définie à l'article 223-8. »

Article 226-10 : « La dénonciation, effectuée par tous moyens et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de police ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite et de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée. En tout autre cas, le tribunal saisi des poursuites contre le dénonciateur apprécie la pertinence des accusations portées par celui-ci. »

Article 226-13 : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état soit par profession, soit en raison

d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Article 226-14 : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans le cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

- à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de sévices ou privations dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur, ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge de son état physique ou psychique ;
- au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises. »

Article 434-3 : « Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. » Les médecins sont astreints au secret et donc exceptés de cette disposition.

Principaux articles du Code civil en matière de responsabilité médicale

Article 371-1 : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. (...) Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité. »

Article 490 : « Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants. Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elles empêchent l'expression de la volonté. L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie. »

Article 700 : « (...) Le juge condamne la partie tenue aux dépens ou à défaut la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens (...). »

Article 1147 : « 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. »

Article 1148 : « Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. »

Article 1315 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui s'en prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

Article 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais aussi par sa négligence ou son imprudence. »

Article 1384 : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses qu'on a sous sa garde. »

Article 2044 : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit. »

Article 2052 : « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion. »

Quelques arrêts marquants et/ou fondateurs de l'actuelle jurisprudence

Arrêt Mercier

Cet arrêt, toujours d'actualité comme il est abondamment rappelé dans cet ouvrage, est cependant si ancien (1936 !) qu'il est bien difficile d'en trouver une version intégrale. Ce sont donc les éléments fondamentaux qui sont rapportés ici.

« (...) Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade (...), du moins de lui donner des soins non pas quelconques (...) mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. » L'arrêt ajoute, pour compléter de façon incontestable le cadre juridique qu'il crée ainsi entre médecin et patient, que « (...) la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, c'est-à-dire contractuelle ».

Arrêt Vergoz

Il met fin à la notion de « faute lourde » en matière médicale, au profit de la notion de « faute médicale ».

« La césarienne pratiquée sur une patiente présentait, en raison de l'existence d'un placenta *prævia* décelé par une échographie, un risque connu d'hémorragie pouvant entraîner une hypotension et une chute du débit cardiaque, alors qu'il était par ailleurs connu, à la date de l'intervention, que l'anesthésie péridurale présentait un risque particulier d'hypotension artérielle. Le médecin anesthésiste de l'hôpital ayant administré à l'intéressée, avant le début de l'intervention, une dose excessive d'un médicament à effet hypotenseur, une chute brusque de la tension artérielle, accompagnée de troubles cardiaques et de nausées a été constatée une demi-heure plus tard. Le praticien a ensuite procédé à l'anesthésie péridurale prévue et a administré un produit anesthésique contre-indiqué compte tenu de son effet hypotenseur. Une deuxième chute de la tension artérielle s'est produite à 11 h 10. Après la césarienne et la naissance de l'enfant, un saignement s'est produit et a été suivi, à 11 h 25, d'une troisième chute de tension qui a persisté malgré les soins prodigués à la patiente. À 12 h 30, du plasma décongelé mais insuffisamment réchauffé a été perfusé, provoquant immédiatement une vive douleur suivie de l'arrêt cardiaque. La victime demeure atteinte d'importants troubles neurologiques et physiques provoqués par l'anoxie cérébrale consécutive à l'arrêt cardiaque. Les erreurs ainsi commises, qui ont été selon les rapports d'expertise la cause de l'accident survenu à la victime, constituent une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital » (CE, Ass. cont., 10 avril 1992, XRG922101, Époux V., TA Rouen, 4 avril 1986, 79027).

Arrêt Bianchi : l'aléa en secteur hospitalier, responsabilité administrative

« Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité.

Le risque inhérent aux artériographies vertébrales et les conséquences de cet acte pratiqué sur un patient, qui reste atteint d'une tétraplégie prédominante aux membres inférieurs, avec syndrome pyramidal et troubles sensitifs, se traduisant par une impotence motrice tant dans la marche qu'au niveau des membres supérieurs, avec accentuation des réflexes ostéotendineux, et qui souffre de douleurs importantes et résistant à la thérapeutique et de troubles sphinctériens, répondent à ces conditions. » (CE, Ass. cont., 9 avril 1993, XRG931882, Bianchi 69336).

Arrêt Hédreul : obligation de la preuve de l'information

« Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. Un patient ayant subi une perforation intestinale à l'occasion d'une coloscopie avec ablation d'un polype, a violé l'article 1315 du Code civil la cour d'appel qui l'a débouté de son action en responsabilité contre le médecin au motif qu'il lui appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti du risque de perforation au cours d'une telle intervention, ce qu'il ne faisait pas, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 25 février 1997, XRG970351, Hédreul c./Cousin et autres, CA Rennes, 1^{re} Ch. A, 5 juillet 1994, Renvoi CA Angers).

Arrêt du 20 juin 2000 : absence de perte de chance au nom de l'absence d'alternative à la solution thérapeutique proposée

« Le praticien qui manque à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte. Il est, dès lors, de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou son refus.

Il ne peut donc être reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté un patient de sa demande de réparation du préjudice subi du fait de la perforation intestinale survenue après une coloscopie, dès lors que la cour d'appel a relevé que l'intéressé, dont le père était mort d'un cancer du côlon, souhaitait se débarrasser de troubles intestinaux pénibles et de craintes pour l'avenir, que la rectocolite dont il était atteint favorisait la survenue d'un cancer et que le polype découvert devait être enlevé compte tenu du risque de dégénérescence en cancer. C'est par une appréciation souveraine tirée de ces constatations que la cour d'appel a estimé qu'informé du risque de perforation, le malade n'aurait refusé ni l'examen, ni l'exérèse du polype, de sorte qu'il ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable » (C. cass., 1^{re} Ch. civ., 20 juin 2000).

Et « Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du patient présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état et présentant un caractère d'extrême gravité.

Il résulte de l'instruction que le patient était suivi depuis des années pour une sténose qui s'était aggravée en passant de 40 % à 80 %, que l'occlusion myocardique qui a entraîné la mort du patient ne peut donc être regardée comme sans rapport avec son état initial ou avec l'évolution prévisible de cet état.

Par suite, la responsabilité sans faute du centre hospitalier ne peut être engagée.

Il résulte également de l'instruction que les angioplasties, même effectuées dans les règles de l'art, présentent des risques d'infarctus avec une fréquence de 5 % et de décès avec une fréquence de 0,9 % à 1,5 %, qu'il n'est pas contesté que le patient n'avait pas été informé de l'existence de tels risques, qu'une telle information n'était pas impossible, que ce défaut d'information a constitué une faute susceptible d'engager la responsabilité du centre hospitalier à l'égard du patient.

Toutefois, dans la mesure où il résulte de l'instruction, d'une part, que l'état de santé du patient nécessitait de manière vitale une intervention visant à désobstruer ses coronaires et, d'autre part, qu'il n'y avait pas d'alternative thérapeutique moins risquée que l'opération réalisée, la faute commise par le centre hospitalier n'a pas entraîné de perte de chance, pour le patient, de se soustraire au risque qui s'est réalisé et aucune indemnisation n'est, par conséquent, due à ce titre » (CE 15 janvier 2001, CAA Bordeaux, 30 novembre 1995).

Arrêt Perruche : notion de préjudice lié au fait même de la naissance

Dans son arrêt du 17 novembre 2000, la Cour de cassation avait reconnu à Nicolas Perruche le droit d'être indemnisé pour le préjudice d'être né handicapé, la faute relevant d'un manquement du médecin, fautif en matière civile. Une erreur d'évaluation d'un résultat de sérologie de rubéole chez Mme P. ne permet pas de l'avertir valablement du développement de la maladie chez elle alors qu'elle est enceinte, et de fait du risque de rubéole congénitale pour l'enfant qu'elle porte. Madame P. reprochera de n'avoir pas été informée de cette situation et de ne pas

avoir eu la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse. L'instance engagée devant le tribunal de grande instance puis la cour d'appel au nom de l'enfant verra son épilogue le 17 novembre 2000, la Cour de cassation reconnaissant à Nicolas Perruche, né lourdement handicapé, « l'existence d'un préjudice par le fait d'être né », alors qu'une interruption thérapeutique de grossesse pratiquée par sa mère lui aurait évité le préjudice de cette vie handicapée. Cette position de la Cour suprême sera reprise dans deux arrêts du 13 juillet puis du 28 novembre 2001, ce dernier confirmant la condamnation d'un gynécologue. Lors de sa publication, cet arrêt Perruche avait suscité un véritable tollé dans le monde médical. Le législateur s'est senti tenu de l'adoption d'un texte législatif de réglementation de ce concept. Cette disposition judiciaire est maintenant contrée par l'article premier de la loi du 4 mars 2002, dite « loi anti-Perruche » : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. »

« Dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec la mère de l'enfant avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse (en cas d'atteinte rubéolique) 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 » (C. cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, Époux X ès qualités c./Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et autres, C. appl. CA, Ch. sol., 5 février 1999).

La Cour européenne des droits de l'homme conteste et condamne la position de la France qui s'est fondée sur l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 en violant l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la convention en ce qui concerne les instances en cours à la date de son entrée en vigueur. Elle a estimé que : « En supprimant purement et simplement, avec effet rétroactif, une partie essentielle des créances en réparation, de montants très élevés que des parents d'enfants dont le handicap n'avait pas été décelé à la naissance, en raison d'une faute qu'ils auraient pu faire valoir, le législateur français les a privés d'une " valeur patrimoniale " préexistante et faisant partie de leurs biens. » Ce « dispositif anti-Perruche » ne peut donc s'exercer que pour les instances postérieures à cette loi, et non pour les dossiers en cours lors de la publication de ce texte (voir fiche 4).

Secret professionnel

La publication de l'ouvrage *Le Grand Secret* par le médecin personnel de l'ancien président de la République François Mitterrand, relatant sa maladie, les traitements médicaux ainsi que son attitude face à la maladie, est contraire à l'article 4, alinéa 2, du Code de déontologie médicale : ce médecin était tenu au secret médical qui couvre « tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu et compris ». Les faits révélés en l'espèce n'ont pu être connus du médecin que dans le cadre de la pratique de son art et comme tels couverts par le secret médical. La prétendue volonté du médecin de rétablir la vérité en informant le public de faits qui lui ont été dissimulés pendant plusieurs années ne peut légitimer les révélations en cause : en effet, le secret médical présente un caractère général et absolu qui n'autorise pas un médecin à se transformer en garant du bon fonctionnement des institutions ou en témoin de l'histoire. Si le médecin mis en cause en tant que professionnel dans sa compétence ou son

intégrité peut être amené à transgresser le secret pour apporter la preuve de la qualité de son intervention ou de sa bonne foi, c'est à la condition que la révélation se limite aux strictes exigences de sa défense devant une juridiction et ne prenne pas la forme d'une divulgation publique délibérée.

Ce même ouvrage a porté atteinte à l'intimité de la vie privée des proches parents du défunt et porté une atteinte intolérable à leurs sentiments les plus profonds : la publication a été réalisée quelques jours après le décès, au mépris du respect dû à la douleur des familles, révélant des informations sur la personnalité du défunt.

L'action intentée par les proches du président défunt doit être déclarée recevable, dès lors que certaines révélations les affectent personnellement et qu'ils justifient d'un intérêt légitime à agir. Il ya lieu à dommages-intérêts envers la veuve du président défunt et envers chacun de ses enfants. En effet, la volonté de l'éditeur d'attirer l'attention de manière spectaculaire sur l'ouvrage par son impression et sa mise en vente précipitées immédiatement après l'annonce du décès, et l'importance particulière du premier tirage, justifient l'allocation de ces dommages-intérêts. Le maintien de la mesure d'interdiction de l'ouvrage n'est pas contraire au principe de la liberté de communication des pensées et des opinions consacré par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : en effet, cette mesure est l'un des moyens dont dispose le juge pour réparer le dommage causé par la publication litigieuse constitutive d'un abus de la liberté d'expression (TGA Paris, 1^{re} Ch., 23 octobre 1996, Consorts Mitterrand c./Gubler et autre).

Arrêt Gharnit

La Cour de cassation, première chambre civile, a rendu l'arrêt suivant.

« Sur le moyen unique :

- « Attendu que suivie par M. X, gynécologue-obstétricien, Mme Y a été hospitalisée à la clinique où exerce ce praticien ; que, le 3 juin 2002, se plaignant de douleurs elle a été admise au bloc obstétrical à 15 h 30 ; que M. Z, médecin de garde à la clinique, comme M. X, qui consultait en ville à son propre cabinet, ont été informés de l'état de la patiente ; qu'apprenant, entre 17 h 10 et 17 h 30, que les résultats de l'examen pratiqué par la sage-femme montraient une amélioration de l'état de la patiente, M. Z n'est pas intervenu, persuadé qu'elle pouvait attendre l'arrivée de M. X, qui devait selon M. Z prendre sa garde à 18 h ; que M. X, qui estimait n'avoir à prendre la relève qu'à 20 h, rappelé par la sage-femme vers 18 h 30 puis vers 19 h, n'est arrivé à la clinique qu'à 19 h 30, heure à laquelle il procéda, par césarienne, à l'accouchement de Mme Y, qui mit au monde, à 19 h 50, un enfant prénommé Abdelah, qui ayant souffert d'une encéphalopathie anoxique périnatale est resté atteint de graves séquelles ; que les époux Y, agissant tant en leur nom personnel qu'en qualité de représentants légaux de leurs six enfants mineurs, ainsi que les frères et la sœur majeurs du jeune Abdelah, Mohammed, Sofian et Karima Y, ont recherché la responsabilité de MM. X et Z et de la clinique, (...).
- « Attendu que la clinique fait grief à l'arrêt (Orléans, 12 mars 2007) d'avoir dit qu'elle-même et MM. X et Z avaient chacun commis des fautes, ayant contribué

à priver l'enfant d'une chance de naître indemne de toute lésion, et de l'avoir condamnée *in solidum* avec MM. X et Z à indemniser les consorts Y et la caisse primaire d'assurance maladie du Loiret de leurs préjudices respectifs et d'avoir dit que, dans leurs rapports entre eux, la responsabilité incomberait à hauteur de 50 % à M. X, 30 % à M. Z et 20 % à la clinique, alors, selon le moyen :

- que la contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ; qu'en l'espèce la cour d'appel a affirmé que M. X, en s'abstenant d'assurer lui-même, ou de faire assurer par le médecin de garde, la prise en charge urgente que l'état de sa patiente nécessitait, ce qui impliquait qu'il prit contact personnellement avec M. Z pour s'assurer qu'il pouvait intervenir, avait fait preuve d'une négligence grave et avait manqué aux devoirs de sa profession ; que s'agissant de M. Z, la cour d'appel a estimé qu'il avait la possibilité d'intervenir à temps pour faire le diagnostic du décollement rétroplacentaire et d'intervenir suffisamment tôt pour éviter l'issue dramatique de cette grossesse et que la légèreté dont il avait fait preuve en pareille situation et les manquements graves aux devoirs de médecin qu'il avait commis avaient participé à la réalisation du dommage ; qu'il résultait de ces motifs qu'aucun des deux médecins n'était en droit de considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir ; qu'en affirmant, alors ensuite, qu'un prétendu manque de rigueur dans l'organisation des gardes avait autorisé chacun des deux médecins en cause à considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir et avait conduit à une vacance totale de la permanence pendant 1 h 30 au moins, la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires, violant ainsi l'article 455 du Code de procédure civile ;
- que hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison du défaut d'un produit de santé, les établissements dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables de tels actes qu'en cas de faute ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations mêmes de l'arrêt attaqué que la clinique avait imposé aux praticiens exerçant à titre libéral dans l'établissement l'obligation d'organiser un système de garde et d'assurer la continuité des soins, satisfaisant ainsi, en l'absence de pouvoir de direction de la clinique sur ces praticiens exerçant à titre libéral, à l'obligation de moyens qu'elle assumait à l'égard des patients ; qu'en condamnant néanmoins la clinique *in solidum* avec les médecins à réparer les préjudices subis par les consorts Y en raison d'un prétendu manque de rigueur dans l'organisation des gardes, faute de dispositions précises et contraignantes quant aux horaires de garde, la cour d'appel a violé l'article L.1142-1 du Code de la santé publique ;
- que hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison du défaut d'un produit de santé, les établissements dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables de tels actes qu'en cas de faute en lien de causalité avec le préjudice subi ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que le médecin traitant de la patiente avait été alerté par le personnel soignant avant 17 h des symptômes alarmants que présentait celle-ci et a estimé qu'il aurait dû se rendre à la clinique ou s'assurer que le médecin de garde était en mesure de le faire ; qu'elle a en outre relevé que le médecin de garde présent

à la clinique avait été informé dès 17 h 10 de ces mêmes symptômes et qu'il s'était également et fautivement abstenu d'intervenir à temps ; qu'elle a enfin relevé que les médecins étaient contractuellement tenus envers la clinique d'assurer la continuité des soins ; qu'il s'ensuivait que le désaccord entre ces deux médecins quant à l'heure de relève n'était pas la cause des préjudices subis par les consorts Y ni, en conséquence, l'absence de dispositions contraignantes sur les horaires de garde ; qu'en condamnant néanmoins la clinique *in solidum* avec les médecins à réparer les préjudices subis par les consorts Y en raison d'un prétendu manque de rigueur dans l'organisation des gardes, la cour d'appel a violé l'article L.1142-1 du Code de la santé publique et l'article 1149 du Code civil.

- « Mais attendu, d'abord, qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé privé est tenu de lui procurer des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par son état ; que la cour d'appel a constaté que les dispositions du règlement intérieur étaient insuffisamment contraignantes et trop imprécises quant aux horaires pour que soit garantie aux malades la continuité des soins ; que ce manque de rigueur dans l'organisation a permis à chacun des deux médecins en cause de considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir et a conduit à une vacance totale de la permanence pendant une heure et demi au moins ; qu'elle a pu en déduire, sans se contredire, que la clinique avait commis dans son organisation une faute qui avait contribué au dommage ; qu'ensuite, la circonstance que les médecins exercent à titre libéral et engagent leur seule responsabilité au titre du contrat de soins n'était pas de nature à exonérer l'établissement de santé privé de la responsabilité née de cette faute ; que le moyen n'est pas fondé.
- « Par ces motifs, rejette le pourvoi :
 - condamne la société (la clinique) aux dépens ;
 - vu l'article 700 du Code de procédure civile, condamne la société (la clinique) à payer à la caisse primaire d'assurance maladie du Loiret la somme de 2 500 euros ; rejette les autres demandes.
- « Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize novembre deux mille huit » (n° de pourvoi 07-15049, publié au bulletin Rejet).

Article L.1110-4 du Code de la santé publique

« 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.

« Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé.

« Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe.

« Afin de garantir la confidentialité des informations médicales mentionnées aux alinéas précédents, leur conservation sur support informatique, comme leur transmission par voie électronique entre professionnels, sont soumises à des règles définies par décret en Conseil d'État pris après avis public et motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Ce décret détermine les cas où l'utilisation de la carte professionnelle de santé mentionnée au dernier alinéa de l'article L.161-33 du Code de la Sécurité sociale est obligatoire.

« Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

« En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance, définie à l'article L. 1111-6, reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part.

« Le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès. »

Article L.1111-4 du Code de la santé publique

« 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.

« 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 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.

« Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.

« Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.

« L'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants qui reçoivent cet enseignement doivent être au préalable informés de la nécessité de respecter les droits des malades énoncés au présent titre.

« Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions » (loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 9 et 11, JO du 5 mars 2002).

Article L.1111-6 du Code de la santé publique

« Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

« Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement.

« Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci » (loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 11, JO du 5 mars 2002 et loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, art. 10-II, JO du 23 avril 2005).

Déchets d'activités de soins à risques infectieux et assimilés

Mise à jour du 9 mars 2009

Article R1335-1 modifié par le décret n° 2006-676 du 8 juin 2006, article 2, Journal officiel de la République française du 10 juin 2006 : « Les déchets d'activités de soins sont les déchets issus des activités de diagnostic, de suivi et de traitement préventif, curatif ou palliatif, dans les domaines de la médecine humaine et vétérinaire.

Parmi ces déchets, sont soumis aux dispositions de la présente section ceux qui :

- soit présentent un risque infectieux, du fait qu'ils contiennent des micro-organismes viables ou leurs toxines, dont on sait ou dont on a de bonnes raisons de croire qu'en raison de leur nature, de leur quantité ou de leur métabolisme, ils causent la maladie chez l'homme ou chez d'autres organismes vivants ;
- soit, même en l'absence de risque infectieux, relèvent de l'une des catégories suivantes :
 - matériels et matériaux piquants ou coupants destinés à l'abandon, qu'ils aient été ou non en contact avec un produit biologique ;
 - produits sanguins à usage thérapeutique incomplètement utilisés ou arrivés à péremption ;
 - déchets anatomiques humains, correspondant à des fragments humains non aisément identifiables.

Sont assimilés aux déchets d'activités de soins, pour l'application des dispositions de la présente section, les déchets issus des activités d'enseignement, de recherche et de production industrielle dans les domaines de la médecine humaine et vétérinaire, ainsi que ceux issus des activités de thanatopraxie, lorsqu'ils présentent les caractéristiques mentionnées aux 1° ou 2° ci-dessus. »

Article R.1335-2 modifié par le décret n° 2006-676 du 8 juin 2006, article 2, Journal officiel de la République française du 10 juin 2006 : « Toute personne qui produit des déchets définis à l'article R.1335-1 est tenue de les éliminer. Cette obligation incombe :

- à l'établissement de santé, l'établissement d'enseignement, l'établissement de recherche ou l'établissement industriel, lorsque ces déchets sont produits dans un tel établissement ;
- à la personne morale pour le compte de laquelle un professionnel de santé exerce son activité productrice de déchets ;
- dans les autres cas, à la personne physique qui exerce l'activité productrice de déchets. »

Article R1335-3 modifié par le décret n° 2006-676 du 8 juin 2006, article 2, Journal officiel de la République française du 10 juin 2006 : « Les personnes mentionnées à l'article R.1335-2 peuvent, par une convention qui doit être écrite, confier l'élimination de leurs déchets d'activités de soins et assimilés à une autre personne qui est en mesure d'effectuer ces opérations. Un arrêté des ministres chargés de l'Environnement et de la Santé fixe les stipulations que doivent obligatoirement comporter ces conventions. »

Article R.1335-4 modifié par le décret n° 2006-1675 2006-12-22, article 4-II, Journal officiel de la République française du 27 décembre 2006 : « Les personnes mentionnées à l'article R. 1335-2 doivent, à chaque étape de l'élimination des déchets, établir les documents qui permettent le suivi des opérations d'élimination. Ces documents sont définis par un arrêté des ministres chargés de l'Environnement et de la Santé. »

Article R.1335-5 modifié par le décret n° 2006-676 du 8 juin 2006, article 2, Journal officiel de la République française du 10 juin 2006 : « Les déchets d'activités de soins et assimilés définis à l'article R.1335-1 doivent être, dès leur production, séparés des autres déchets. »

Article R.1335-6 modifié par le décret n° 2006-1675 du 22 décembre 2006, article 1, Journal officiel de la République française du 27 décembre 2006, en vigueur le 14 mars 2007 : « Les déchets d'activités de soins et assimilés sont collectés dans des emballages à usage unique. Ces emballages doivent pouvoir être fermés temporairement et ils doivent être fermés définitivement avant leur enlèvement. Les emballages sont obligatoirement placés dans des grands récipients pour vrac, sauf dans les cas définis par arrêté des ministres chargés de l'Environnement et de la Santé.

Le conditionnement, le marquage, l'étiquetage et le transport des déchets d'activités de soins et assimilés sont soumis aux dispositions réglementaires prises pour l'application de la loi n° 42-263 du 5 février 1942 relative au transport des matières dangereuses et de l'article L.543-8 du Code de l'environnement, auxquelles peuvent s'ajouter des prescriptions complémentaires définies par arrêté des ministres chargés de l'Agriculture, de l'Environnement et de la Santé, et après avis du Haut Conseil de la santé publique. »

Nota. Décret 2006-1675 du 22 décembre 2006, article 5 : « Les dispositions du présent article entrent en vigueur à compter du 14 mars 2007, date de l'élection du président du Haut Conseil de la santé publique. »

Article R.1335-7 modifié par le décret n° 2006-1675 du 22 décembre 2006, article 1, Journal officiel de la République française du 27 décembre 2006, en vigueur le 14 mars 2007 : « Les modalités d'entreposage des déchets d'activités de soins et assimilés, notamment la durée d'entreposage ainsi que les caractéristiques et les conditions d'entretien des locaux d'entreposage, sont définies par arrêté des ministres chargés de l'Environnement et de la Santé, pris après avis du Haut Conseil de la santé publique. »

Nota. Décret 2006-1675 du 22 décembre 2006, article 5 : « Les dispositions du présent article entrent en vigueur à compter du 14 mars 2007, date de l'élection du président du Haut Conseil de la santé publique. »

Article R.1335-8 modifié par le décret n° 2006-1675 du 22 décembre 2006, article 1, Journal officiel de la République française du 27 décembre 2006, en

vigueur le 14 mars 2007 : « Les déchets d'activités de soins et assimilés doivent être soit incinérés, soit prétraités par des appareils de désinfection de telle manière qu'ils puissent ensuite être collectés et traités par les communes et les groupements de communes dans les conditions définies à l'article L.2224-14 du Code général des collectivités territoriales. Les résidus issus du prétraitement ne peuvent cependant être compostés.

Les appareils de désinfection mentionnés à l'alinéa précédent sont agréés par arrêté des ministres chargés de l'Environnement, du Travail et de la Santé. Les modalités de l'agrément et les conditions de mise en œuvre des appareils de désinfection sont fixées par arrêté des ministres chargés de l'Environnement, de l'Industrie, du Travail et de la Santé, après avis du Haut Conseil de la santé publique. »

L'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins¹

Jean-François Burgelin
procureur général près la Cour de cassation

Le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient a, certes, toujours été au cœur de sa déontologie.

L'article 35 du Code de déontologie médicale rappelle, en effet, au médecin qu'« il doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il propose » et l'article 41 qu'« aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement ».

Le Code de déontologie médicale a ainsi énoncé les grands principes. La doctrine judiciaire a toujours, quant à elle, été très proche de ces dispositions, que tous les médecins s'engagent à respecter.

Une série d'arrêts extrêmement importants de la première chambre de la Cour de cassation, spécialisée dans la responsabilité contractuelle, est venue pourtant bouleverser, ces dernières années, les notions qui paraissaient acquises. C'est peu dire que cette jurisprudence a soulevé une profonde émotion notamment dans le corps médical. Émotion due, certainement, à l'extension de l'intrusion judiciaire dans le champ médical.

Au fil du temps, de fait, les médecins, bon gré, mal gré (mal gré surtout), ont eu à voir avec la justice. Comme experts, comme témoins, comme défenseurs dans des affaires de responsabilité professionnelle, mais aussi comme mis en examen, parfois.

Or le médecin n'a pas de goût pour le magistrat. Celui-ci le sait bien d'ailleurs, et de longue date. Ainsi en 1829, le tribunal civil de Domfront, dans l'Orne, avait eu à juger un médecin. Ce tribunal décida de consulter l'Académie de médecine en motivant ainsi son jugement : « Le médecin ne reconnaît pour juge, après Dieu, que ses pairs et n'accepte point d'autre responsabilité que celle toute morale de sa conscience. » Ce vœu du médecin n'a pas été retenu par le législateur et le contentieux médical est d'une importance grandissante.

Et, dans ce domaine, se pose, de plus en plus souvent, la question de l'information donnée par le médecin à son malade. C'est une question délicate, aux confins de la déontologie, de la psychologie, du droit, de la courtoisie et de la peur.

1. Ce texte est disponible dans son intégralité sur le site de la Cour de cassation.

Pour le médecin, c'est un problème quotidien. Pour ce non-juriste, il s'agit de résoudre, autant que faire se peut, la difficulté d'appréhender des notions juridiques qui ne lui sont pas familières et de parvenir à les appliquer à des situations très concrètes, chacune différente, au gré de la variété des comportements humains et des circonstances, le plus souvent douloureuses pour le patient et ses proches.

Ce sera donc l'objet de mon propos¹ : comment expliquer la position de la Cour de cassation aux médecins, tenus de l'appliquer chaque jour, afin qu'en apparaissent les conséquences réelles et non pas imaginaires et afin que les patients, que nous sommes tous en puissance, recueillent les fruits de cette évolution ?

Quels sont, à l'heure d'aujourd'hui, les droits et devoirs du praticien et de son client quant à l'information que peut ou doit donner ou recevoir chacun des deux partenaires du contrat qui caractérise le lien entre médecin et patient ?

Je dresserai le tableau des exigences traditionnelles de la jurisprudence en la matière, des innovations récentes de la Cour de cassation et proposerai la conclusion qui peut en être tirée. Pour ce faire, je me placerai dans l'hypothèse la plus favorable, c'est-à-dire le cas où le patient est conscient et en état d'avoir un dialogue avec son médecin.

Position traditionnelle de la Cour de cassation

Le point de départ de la doctrine de la Cour de cassation est le célèbre arrêt *Mercier* du 20 mai 1936, rendu sur les conclusions de mon lointain prédécesseur, le procureur général *Matter*.

Cet arrêt a décidé que la base des relations entre un médecin et son client était un contrat. Par ce contrat, le médecin s'engage, selon la formule de la Cour, à délivrer au patient « des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

Il est bon de souligner, à cet égard, deux points importants :

- le premier, évident et bien connu, est que l'obligation mise à la charge des praticiens était une obligation de moyens et non pas de résultat. Il lui était requis de mettre tout en œuvre pour bien soigner le malade. Il ne lui était pas demandé de s'engager à le guérir, résultat certes souhaitable infiniment mais non susceptible d'un engagement formel ;
- le second point tient à la permanence de ce principe. Les décisions judiciaires qui viennent de modifier les concepts traditionnels en matière de responsabilité médicale n'ont pas changé, n'ont pas remis en cause cette simple obligation de moyens qui pèse sur les épaules du soignant, ainsi que le confirme l'un des deux arrêts du 25 février 1997 auxquels il sera fait allusion ci-après.

Mais, pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait, de part et d'autre, et notamment de la part du patient, un consentement libre et conscient. Il faut qu'il puisse accepter ou refuser le traitement médical ou l'intervention chirurgicale de façon éclairée.

¹ Sargos P. L'obligation d'informer le patient. *Petites Affiches* 1999 ; 189.

C'est la question de cet « éclairage » du patient par son médecin qui est aujourd'hui en cause.

Deux idées fondamentales guidaient la Cour de cassation dans son approche du problème :

- la première idée reposait sur la notion de loyauté. Le praticien devait donner au malade des informations sur son état de santé qu'il pût comprendre. Les informations devaient être simples, accessibles, c'est-à-dire appropriées au niveau culturel et à l'état moral du patient ;
- la seconde idée directrice était que le médecin était tenu d'informer son patient des risques normalement prévisibles découlant de l'intervention médicale ou chirurgicale. Il fallait que le client du médecin fût mis dans la situation de refuser toute atteinte à son intégrité corporelle.

La Cour de cassation et le Conseil d'État avaient d'ailleurs tiré les conséquences logiques de ce présupposé : le médecin ne pouvait faire l'objet de sanctions civiles ou disciplinaires si son client s'était obstinément refusé à tout soin efficace. Ce qui était simplement demandé au praticien, c'était qu'il mît tout en œuvre pour convaincre le malade de la nécessité de se faire soigner.

On n'exigeait pas non plus du praticien qu'il fit part à son client de tous les risques éventuels de l'intervention. On estimait, en effet, sur ce point, devoir s'en remettre à la délicatesse du soignant qui pouvait penser qu'il était inutile d'alarmer, sans raison évidente, le malade.

Revirements jurisprudentiels de 1997 et 1998

Les arrêts récents de la première chambre civile, qui ont amplement modifié cette approche, sont désormais publiés, connus, commentés². Il convient de les examiner de près.

J'en retiendrai trois, particulièrement typiques :

- un des arrêts pris le 25 février 1997 va décider que c'est au médecin d'apporter la preuve de l'information qu'il a procurée au patient ;
- un deuxième arrêt du 14 octobre 1997 précise que la preuve que l'information a été donnée au client peut être rapportée par tout moyen par le médecin mis en cause ;
- un troisième arrêt du 7 octobre 1998 vient ensuite nous dire que le médecin doit informer le malade « des risques graves afférents aux investigations et soins

2 Lachaud Y. La responsabilité médicale pour défaut d'information. Gazette du Palais du 16-17 juin 1999, p. 4.

Noiville C. L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin (Cass. 1^{re} civ. 7 octobre 1998, 2 arrêts). Petites Affiches 1999 ; 89.

Note P. Sargos. Conclusions J. Sainte-Rose (Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1998). JCP 1998 ; II 10179 : 735.

Le consentement aux actes médicaux. Gazette du Palais 28 mai 1998 ; numéro spécial.

Halliez D. Le devoir d'information du chirurgien esthétique (Cass. 1^{re} civ. 17 février 1998). Petites Affiches 1999 ; 90.

Note S. Porchy. Cass. 1^{re} civ. 7 octobre 1998. Dalloz 1999 ; 10^e cahier jurisprudence, p. 145.

Porchy S. Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient. Dalloz 1998 ; 40^e cahier chronique, p. 379.

proposés » et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation « par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ».

Le plus connu de ces trois arrêts est celui du 25 février 1997, qui met à la charge du médecin de prouver qu'il a exécuté son obligation d'informer.

Certains, tirant immédiatement des conséquences extrêmes de cette jurisprudence, n'ont pas manqué d'insister sur l'effet dévastateur qu'aurait, dans l'esprit déjà dévoré d'angoisse du patient, la lecture d'un document écrit, remis par le médecin, dans lequel seraient, en clair, exposés tous les risques propres à une intervention chirurgicale ou autre. Imagine-t-on un officier qui, en temps de guerre, enverrait un soldat en mission dangereuse et lui remettrait un document écrit expliquant tous les risques de blessures ou de mort qu'il est susceptible de courir ? Il serait considéré, à juste titre, comme un piètre chef, tout juste bon à saper le moral de son subordonné.

La position de la Cour de cassation doit pourtant pouvoir être expliquée et résumée en quelques traits :

- il faut bien comprendre que l'arrêt du 25 février 1997 s'inscrit dans un mouvement général de la jurisprudence qui tend à obliger ceux qui sont tenus contractuellement à une obligation d'information à rapporter la preuve qu'ils ont exécuté cette obligation. Ce qui est demandé aux médecins, est exigé aussi des avocats, des notaires, de tous les professionnels tenus d'un devoir d'information ou de conseil. Il faut que le patient donne au médecin un « consentement éclairé » à l'intervention envisagée ;
- l'arrêt du 25 février 1997 est précisé par celui du 14 octobre suivant, qui rappelle que le médecin peut rapporter la preuve de l'information « par tous moyens », c'est-à-dire, hors l'écrit, par les témoignages, les présomptions et parfois l'aveu. Dans l'affaire du 14 octobre 1997, le juge avait pris en compte des éléments de pur fait (nombre des consultations antérieures à l'intervention, mention dans les dossiers médicaux, pratique habituelle du médecin concerné...) pour en déduire la preuve que le patient avait été informé ;
- il est bon également de tenir compte d'une évolution générale de notre société qui tend à abolir les distances traditionnelles entre la supériorité de ceux qui savent et l'infériorité des ignorants. Nous sommes à l'époque du dialogue, de l'explication, voire de la vulgarisation du savoir. Les malades veulent savoir comment on veut les soigner comme les justiciables veulent savoir comment on va les juger. Aucun domaine n'échappe à présent à cette nécessité de clarté, propre d'ailleurs à créer un climat de collaboration confiante patient-praticien ;
- un autre point très important doit être souligné, c'est le caractère relativement limité de la réparation des préjudices causés par le défaut d'information. Ainsi que l'a remarqué la doctrine, les tribunaux ne consentent à réparer, en cas de défaut d'information, que les préjudices résultant de ce défaut. Que sont ces préjudices ?
 - d'abord un préjudice moral, celui qui résulte du fait que le médecin n'a pas recueilli l'assentiment du malade avant d'intervenir. En soi, ce manquement ne paraît pas devoir emporter l'allocation de dommages-intérêts importants ;

- de même, l'autre préjudice que l'on pourra éventuellement alléguer, sera la perte de chance de refuser l'intervention. L'examen de décisions judiciaires montre que faible est le montant des dommages-intérêts accordés, de ce chef, aux patients mal informés par leur médecin.

Conclusions à tirer de la nouvelle jurisprudence

La réaction du monde médical au changement jurisprudentiel a été très négative. On peut présumer qu'elle l'est encore à présent. Et il est facile en effet de ridiculiser la position de la Cour de cassation en inventant un sketch où le patient vient voir son chirurgien et ressort de la consultation en état de stress intense, tenant à la main un document lui détaillant avec toutes les précisions imaginables les malheurs qui sont susceptibles de survenir lors ou à la suite de l'intervention envisagée. Un mélange du « malade imaginaire » et du « docteur Knock » agrémenté d'une sauce à la Raymond Devos.

Il est bien certain qu'il y a, en apparence, une incompatibilité entre l'obligation de tout dire faite au médecin et la nécessité de ménager la sensibilité du patient dont on veut qu'il aborde l'intervention médicale avec un bon moral.

Il faut trouver une solution au problème posé. Quelques suggestions vont tenter d'ouvrir des pistes.

Première idée : il est vain de penser à un retour en arrière de la Cour de cassation. Comme je l'indiquais, la nécessité d'informer le cocontractant est une exigence que les juges d'aujourd'hui mettent à la charge de tous les professionnels, médecins comme les autres. Je ne vois pas qu'on revienne sur le principe. Notamment pour les interventions dites « à visée esthétique », la Cour de cassation, par un arrêt du 17 février 1998, a bien insisté sur la nécessité d'informer le patient non seulement sur les risques graves mais sur tous les inconvénients de l'opération.

Deuxième idée : peut-être y a-t-il un examen de conscience à faire chez certains médecins qui avaient, qui ont encore parfois, tendance à sous-estimer les capacités d'écoute et de compréhension de leur interlocuteur. Je pense qu'il y a là un thème de réflexions pour les instances compétentes en matière de formation des praticiens. À défaut de faire renaître un humanisme qui faisait autrefois partie de la nature même du médecin et qui le guidait utilement dans sa relation avec le malade, il pourrait être enseigné aux jeunes futurs médecins comment mener un entretien d'information avec un patient : il y a des méthodes, des recettes, des savoir-faire pour cela. Pourquoi ne pas les leur enseigner ?

Troisième idée : ne pas donner une importance exagérée à l'obligation d'informer. Il y a sur ce sujet un excellent article, tout récent, de M. Michel Penneau, professeur de médecine légale à l'université d'Angers³. S'agissant en particulier de la charge de la preuve que l'information nécessaire a été donnée, M. Penneau cite une observation faite par les professeurs Ghestin et Goubeaux : « Dès lors que les juges ont pu se forger une conviction à l'égard des allégations des parties, il est sans intérêt de rechercher sur qui pesait la charge de la preuve. »

³ Dalloz 1999, jurisprudence, p. 46.

Je crois que cette observation très juste et très fine peut servir de guide aux praticiens. Car, à mon avis, la preuve de l'existence d'une information suffisante donnée au patient résultera bien plus des éléments d'ensemble fournis par le dossier que de l'existence d'un document écrit.

Ce serait une erreur de focaliser toute l'attention sur le document que le médecin remettrait au patient avant d'intervenir, document sur lequel figureraient tous les risques possibles et imaginables encourus. Il sera, le plus souvent, trop long, illisible ou non compris. Je ne suis pas sûr que les tribunaux en tireraient, le cas échéant, la conclusion que le malade a été « informé » au sens de la jurisprudence contemporaine.

Aussi peu efficace, d'ailleurs, serait un document très général par lequel le médecin ferait signer à son client qu'il a reçu une information adéquate.

Quatrième idée : la nécessité de maintenir un climat de confiance médecin-patient. Je retrouverais volontiers, ici, la pensée brillamment développée par Alain Peyrefitte dans son beau livre *La Société de confiance*. La relation du médecin avec son client me paraît typique du vœu exprimé par l'écrivain de voir se créer, dans notre société, un climat de confiance. Ce climat est, en effet, vital pour une nation soucieuse de se maintenir dans le peloton de tête des pays développés. Quand ce climat n'existe plus, la base relationnelle n'est plus le contrat mais la réglementation étatique, toujours réductrice d'initiatives et de liberté.

Une société sûre d'elle-même se doit d'avoir une médecine libérale, où le patient choisit son médecin qui, de son côté, accepte de le soigner. Je pense que c'est l'esprit de cette médecine-là, garante de la qualité des soins, que nous devons préserver, entretenir et développer.

Il ne faudrait pas que la confiance qui est à la base du soin efficace disparaisse à la suite d'une interprétation et d'une application trop sourcilleuse de la jurisprudence de la Cour de cassation. À cet égard, le recours systématique à l'écrit formaliste pour servir de preuve de l'exécution de son obligation d'information par le médecin serait, aux yeux de beaucoup d'observateurs impartiaux, défavorable à la création et au maintien de la confiance que doit inspirer le médecin à son client et le client à son médecin. Je ne puis mieux faire que de renvoyer aux propos exprimés par le président Bernard Glorion lors du colloque sur le consentement aux actes médicaux qui s'est tenu à Paris le 28 mai 1998 : ils fixent bien le problème.

Le docteur Glorion évoque d'ailleurs la difficulté majeure que constituerait ce recours systématique à l'écrit dans le cas d'un cancer qui ferait l'objet d'une série d'interventions successives : chirurgie, radiothérapie, chimiothérapie... Verrait-on chaque intervenant décrire, par écrit, au patient tous les aléas d'un cancer et de sa thérapie ? On voit l'absurdité d'une telle suggestion.

Mais alors, comment le praticien se protégera-t-il des recours judiciaires de ses patients mécontents ?

Je pense, et ce sera ma conclusion, que sur ce point capital, la pensée juridique et médicale doit encore évoluer. Dès à présent, il revient aux médecins de combattre avec énergie pour que « les forces de la confiance l'emportent, à chaque niveau, sur celles de la défiance », selon l'expression d'Alain Peyrefitte.

Je pense que c'est dans l'épreuve difficile mais indispensable du colloque singulier du médecin et de son patient que se trouve l'essentiel de la solution au problème posé.

Bien sûr, dans certains cas extrêmes, la prudence exige que le praticien garde la preuve écrite qu'il a rempli son obligation d'information. Dans la généralité des occurrences, il sera suffisant de remettre au patient des fiches d'information sur la maladie et ses conséquences éventuelles. Et ce sera au médecin d'apprécier s'il existe une « limitation thérapeutique à l'information ».

Je pense, en définitive, qu'une meilleure information et un dialogue confiant devraient conduire à une diminution du nombre des procès en responsabilité. Chacun de nous le sait bien : c'est à la rupture de la communication que la procédure commence.

Les nouvelles exigences posées par la Cour de cassation, pour difficiles qu'elles soient à intégrer dans la culture médicale française, sont de nature à améliorer sensiblement les rapports du médecin avec son client et, par voie de conséquence, les effets bénéfiques de la thérapie.

C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre l'évolution contemporaine de la jurisprudence sur l'obligation d'informer.

Lexique

Action civile : démarche tendant à faire valoir les droits et prétentions du demandeur devant la juridiction civile.

Action disciplinaire : démarche tendant à la condamnation du contradicteur devant la juridiction ordinaire.

Action en justice : procédure engagée devant une juridiction pour faire valoir les droits du justiciable.

Action pénale : démarche de justice tendant à la condamnation du contradicteur devant la juridiction pénale.

Action récursoire : recours. Se dit notamment de l'action de l'hôpital à l'encontre d'un de ses agents (médecin hospitalier) au nom duquel cet hôpital a été condamné, visant à lui faire rembourser les frais liés à l'indemnisation de la victime.

Aggravation : continuité du processus physiopathologique vers une majoration du dommage. Recrudescence. Elle constitue un cap dans l'évolution de la maladie. Elle interdit de se prononcer sur le dommage stabilisé. Elle diffère de la récidive, constituant un nouvel épisode séparé par un intervalle libre après guérison initiale.

Aléa : manifestation du hasard. « Événement dommageable survenu au patient sans qu'une maladresse et plus généralement une faute quelconque puisse être imputée au praticien et sans que ce dommage se relie à l'état initial du patient ou à son évolution prévisible » (Pierre Sargos). « L'engagement de la responsabilité s'applique en cas de non-respect de l'obligation sécuritaire. Dans le cas contraire, il faudra parler d'aléa » (Pierre Vayre).

Amiable : se dit d'une action, d'une expertise, d'un « règlement » (de litige) non judiciaire. S'oppose à une action « contentieuse ».

Appel : deuxième degré de juridiction permettant de contester la décision rendue par le premier juge. L'appel se conçoit tant en matière judiciaire qu'en matière administrative. Seules les décisions du tribunal de police ne sont pas susceptibles d'appel. Il se conçoit également en matière disciplinaire devant le Conseil national de l'Ordre des médecins.

Arbitrage : mode de règlement non judiciaire d'un conflit faisant intervenir un arbitre dont la « sentence » s'imposera aux parties. Constitue une exception au monopole des juridictions judiciaire ou administrative.

Arrêt : décision d'une cour d'appel, judiciaire ou administrative, de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Voir « Jugement ».

Article 700 : article du Code civil, obligeant celui « qui succombe » dans le dossier à régler à son adversaire les frais de justice (avocat, frais divers, taxes...) que celui-ci a eu à exposer du fait de l'instance en cours (voir annexe 4).

Article 475-1 : *idem* article 700, mais devant la juridiction pénale, dans le Code de procédure pénale.

Branche : argumentation avancée par celui qui se pourvoit en cassation pour faire valoir sa position. Les branches servent le moyen soulevé (voir ce terme).

Cause exonératoire : circonstance qui exonère le débiteur de son obligation, du fait d'une cause extérieure (cas de force majeure, fait d'un tiers).

Civil : relatif au droit traitant des rapports entre les individus (droit des contrats, droit commercial, droit de la famille, droit du travail, droit médical, etc.).

Cocontractant : avec qui on passe un contrat.

Coexpert : deuxième, troisième, n° expert désigné conjointement avec le premier par le magistrat afin de couvrir tous les aspects techniques de l'instance en cours dans le cadre d'une demande d'expertise. Voir « Sapiteur ».

Conseil d'État : juridiction suprême de l'ordre administratif, pouvant intervenir également selon les saisines comme juge du premier ou du second degré.

Consolidation : stabilisation des dommages qui ne s'aggraveront ni ne s'amélioreront plus, rendant possible la cotation des déficits séquellaires (IPP, notamment). Une définition jurisprudentielle : « Le moment où les lésions se fixent et prennent un caractère permanent, tel qu'un traitement n'est plus nécessaire si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il est possible d'apprécier un certain degré d'incapacité permanente, réalisant un préjudice définitif » (TC Albi, 1957).

Contentieux : ce qui constitue un litige qui peut être présenté devant un magistrat, et faire l'objet d'une procédure.

Contractant : qui passe un contrat.

Contracter : passer un contrat.

Contractuel : qui relève d'un contrat. Depuis l'arrêt Mercier en mai 1936, la responsabilité médicale est contractuelle, elle impose le respect.

Contradictoire : principe fondamental de droit relevant du principe d'égalité et de loyauté, qui veut que tout ce qui est connu d'une partie soit connu de l'autre. Se dit aussi d'une décision rendue devant des parties, présentes ou informées.

Cour de cassation : plus haute juridiction française avec le Conseil d'État, chargée non pas de constituer une nouvelle juridiction d'appel mais de contrôler que les règles de droit ont été correctement appliquées par la cour d'appel qui a jugé préalablement. On dit volontiers que la Cour de cassation « dit le droit ».

Curatelle : situation de protection d'un incapable majeur, intermédiaire entre la simple sauvegarde de justice et la tutelle, beaucoup plus lourde. Le curateur conseille et contrôle le majeur protégé.

Débouter : rejeter une demande.

Décision : terme générique désignant un jugement, un arrêt, une ordonnance.

Défendeur : celui qui doit se défendre d'une action en justice à son encontre (voir « Demandeur »).

Délai d'appel : délai pendant lequel il est possible de faire appel d'une décision prononcée par une juridiction. Ce délai est en général d'un mois.

Délictuel : en rapport avec un délit. Ce délit peut être de nature pénale, répertorié comme constituant une infraction grave à la législation et justiciable des tribunaux correctionnels, ou au sens civil, constituant une action dommageable intentionnelle mais non répertoriée au plan pénal. La faute délictuelle est liée à un acte volontaire réalisé sciemment et cause d'un préjudice. La faute quasi délictuelle résulte d'une erreur de comportement, génératrice d'un dommage, qui n'aurait pas été commise par une personne avisée. Cette responsabilité entre en

application dès que les conditions de la responsabilité contractuelle ne sont pas réunies, c'est-à-dire lorsque entre la victime et l'auteur du dommage il n'existe pas de contrat, ou si le dommage subi par l'une des parties n'est pas né de l'exécution du contrat.

Demandeur : celui qui demande l'exécution d'une obligation de la part de son adversaire, et globalement celui qui initie une procédure (voir « Défendeur »).

Dilatoire : qui vise à gagner du temps, à retarder l'issue de la procédure.

Domageable : qui génère un dommage.

Domages et intérêts : indemnisation d'un préjudice (pénal).

Erreur : une erreur est un acte involontairement inadapté à une situation.

Ester en justice : agir en justice.

Exécution provisoire : possibilité de faire exécuter un jugement dès qu'il a été prononcé avant même d'attendre qu'il soit définitif, par le dépassement des délais d'appel ou de cassation.

Exequatur : décision judiciaire autorisant l'exécution en France d'une décision rendue à l'étranger ou à une sentence arbitrale.

Faute : erreur de jugement ou d'action en rapport avec le non-respect des règles habituelles en la matière. Une faute médicale se différenciera d'une erreur médicale en ce qu'elle sera constituée du fait d'une insuffisance de moyen, et/ou du non-respect des données acquises de la science.

Faute détachable : se dit d'une faute d'une extrême gravité commise dans l'exercice de ses fonctions professionnelles mais ayant trait à une anomalie de comportement et non une faute technique.

Force majeure : situation qui libère un débiteur de son obligation. Pour avoir cette valeur, elle doit être « extérieure, irrésistible et imprévisible ».

Greffe : secrétariat d'une juridiction, professionnelle ou non.

Greffier : secrétaire d'un magistrat, professionnel ou non.

Judiciaire : l'ordre judiciaire comporte les juridictions civiles et pénales, réparties en tribunal d'instance et tribunal de grande instance au civil, tribunal de police, chambre correctionnelle du TGI et cour d'assises au pénal. Le principe de l'appel est commun aux deux juridictions. L'ordre judiciaire est chargé de régler soit les conflits entre individus (tribunaux civils), soit les infractions commises à l'encontre des règles de la société (tribunaux pénaux). Il peut y avoir interdépendance entre les deux juridictions lorsqu'une victime d'infraction pénale souhaite, outre la condamnation pénale, obtenir une indemnisation de son préjudice. Elle se constituera partie civile et demandera une compensation financière du préjudice subi. Il se distingue de l'ordre administratif, chargé de régler les conflits entre l'administré et l'administration, et composé des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État.

Juridiction : tribunal composé d'un ou plusieurs juges, professionnel ou non, ou personne ayant autorité pour rendre une décision de justice. On distingue la juridiction civile, la juridiction pénale, la juridiction administrative, les juridictions spécialisées.

Jurisprudence : ensemble de décisions de justice tendant à préciser ou infléchir un texte de loi.

Léonin : se dit d'une décision ou d'un accord privilégiant l'une des parties (voir « Synallagmatique »).

Majeur protégé : personne majeure dont les facultés mentales ou physiques sont altérées par la maladie, un handicap ou l'âge.

Mis en examen : autrefois « inculqué », statut déterminé par l'existence « de soupçons graves et concordants » à l'encontre d'un individu.

Moyen : se dit du domaine de contestation d'un arrêt dans le cadre du dépôt d'un pourvoi en cassation.

Ordonnance : décision rendue par un juge unique, notamment ici une ordonnance de désignation d'expert.

Pénal : relatif au droit traitant des rapports entre les individus et la société, et à la transgression de la règle sociale que constitue le droit pénal.

Préjudice : dommage subi par une personne dans ses biens, ses intérêts, son honneur, son corps, ses sentiments. Ce préjudice peut être indemnisable.

Premier instance : premier degré de juridiction.

Quasi délictuelle : la faute délictuelle est liée à un acte volontaire réalisé sciemment et cause d'un préjudice. La faute quasi délictuelle résulte d'une erreur de comportement, génératrice d'un dommage, qui n'aurait pas été commise par une personne avisée. Cette responsabilité entre en application dès que les conditions de la responsabilité contractuelle ne sont pas réunies, c'est-à-dire lorsque entre la victime et l'auteur du dommage il n'existe pas de contrat, ou si le dommage subi par l'une des parties n'est pas né de l'exécution du contrat.

Rechute : fait de retomber malade, toxicomane ou de reprendre une mauvaise habitude. Synonyme : récidive.

Relaxe : être déclaré non coupable des faits reprochés devant un tribunal correctionnel.

Répressif : ayant trait à la juridiction pénale.

Ressort : domaine territorial, par assimilation, compétence territoriale, d'une juridiction.

Saisie de dossier : mise sous séquestre d'un dossier sur ordre d'un magistrat dans le cadre d'une procédure pénale.

Saisine : fait pour une juridiction, un magistrat, une instance, d'être saisi, sollicité, par un justiciable.

Sapiteur : personne désignée par l'expert avec l'accord du magistrat pour compléter les connaissances techniques sur un point en général très précis qui est étranger à l'expert désigné. Cette décision de l'expert et le choix qu'il fait doivent être notifiés aux parties.

Sauvegarde de justice : premier stade de l'incapacité juridique du majeur, imposant des contrôles, relativement souples.

Sentence : décision rendue par un arbitre.

Solidaire : coresponsable. Une condamnation solidaire permet à la victime d'obtenir son indemnisation le cas échéant de l'une seulement des personnes condamnées, si les autres sont défaillantes.

Synallagmatique : se dit d'une décision ou d'un accord équilibrés et homogènes quant aux avantages consentis aux parties (voir « Léonin »).

Tutelle : statut d'un incapable majeur totalement dépossédé de ses droits civils et ne pouvant agir sans le contrôle de son tuteur, qui le représente dans tous les actes de la vie civile (voir aussi « Curatelle »).

INDEX DES TABLEAUX ET FIGURES

Figure 3.1 Organisation juridictionnelle de la responsabilité médicale. . .	11
Tableau 8.1 Modes alternatifs de règlement des conflits	28
Figure 46.1 Gestion judiciaire de la faute en pratique libérale.	112
Figure 56.1 Modalités du recours pour faute hospitalière.	138
Figure 58.1 Procédure disciplinaire.	141
Figure 84.1 Évolution du coût de la responsabilité civile, en millions d'euros, de 1995 à 2002.	196
Figure 84.2 Indemnisation moyenne par sinistre fautif (GAMM, 2007).	196
Tableau 117.1 Jurisprudence toutes disciplines	259
Tableau 117.2 Évaluation juridique de la faute : le point de vue de l'assureur, de l'expert et des juridictions.	260
Tableau 117.3 Évaluation médicale de la faute : le point de vue de l'assureur, de l'expert et des juridictions	261
Figure 122.1 Les médecins experts.	271
Figure 126.1 Répartition des experts agréés par la CNAMed selon les spécialités.	279
Figure 153.1 Indemnisation par la voie des CRCI.	331
Figure 154.1 Nombre de déclarations d'accidents au GAMM pour 100 médecins entre 1998 et 2007.	333
Figure 154.2 Répartition des demandes d'indemnisation selon les régions.	334
Figure 154.3 Nombre de dossiers selon leur devenir-CNAMed.	334
Figure 154.4 Devenir des dossiers en proportion.	335
Figure 154.5 Proportion des avis favorables/défavorables rendus par les CRCI.	335

Figure 154.6 Motivation des avis rendus par les CRCI.	335
Figure 154.7 Motivation des rejets de dossiers par les CRCI.	336
Figure 158.1 Indemnisation par la voie judiciaire.	345

Index analytique

Les numéros indiqués renvoient aux numéros des questions, consultables au sommaire en début d'ouvrage.

Rapports avec les patients et leur famille : 6, 7, 19 à 21, 26 à 28, 32, 34 à 36, 42, 91 à 93, 95, 96, 141 à 151.

Le médecin confronté à la mise en cause de son action : 6 à 9, 18 à 21, 40 à 42, 45 à 122.

Le médecin confronté à la procédure : 6 à 11, 29, 30, 32, 46, 48 à 51, 53, 54, 58, 59, 67 à 80, 88, 96, 99, 102 à 104, 109 à 115, 116 à 121, 131.

Le médecin confronté à la justice : 1 à 5, 8 à 33, 42, 43, 45 à 121.

Le dommage et son indemnisation : 152 à 160.

Les règles et l'organisation : 1 à 9, 12 à 40.

Index alphabétique

A

Accès au dossier, 19, 33, 75, 97, 100, 119, 134
Accident du travail, 15, 22, 239
Accord amiable, 27, 53
Accusatoire, 32
Acte médical, 16, 54, 61, 129, 136, 159, 162, 163, 165, 175, 178, 190, 191, 217, 233, 310, 322
Action
– civile, 61, 121, 188, 228
– pénale, 25, 32, 115, 118, 121, 132, 133, 202, 228, 256
– récursoire, 10, 121, 137, 190, 257, 328, 332, 345, 348
Aggravation, 177, 193, 299, 346
Aléa, 9, 14, 16, 158, 162, 171, 173, 191, 195, 239, 260, 280, 311, 332
AMM, 202, 203, 205, 252, 253, 314
AP-HP, 75, 137
Arbitrage, 28
Archivage des dossiers, 94
Arrêt
– Bianchi, 162
– Birot, 325
– Boksenbaum, 219
– Degraene, 61
– Gharnit, 243
– Guyot, 160
– Hédreul, 4, 109, 325
– Loiseau, 159
– Mercier, 9, 15, 34, 56, 109, 112, 144–146, 152, 156, 179, 364
– Perruche, 4, 18, 110, 308
– Philiponneau, 159
– Teyssier, 325
– Vergoz, 159, 364
– Watelet, 61
Assises, 3, 10, 115, 250, 267
Assistance, 10, 34, 38, 43, 44, 53–55, 57, 58, 66, 75, 82, 112, 133, 148, 168–170, 184, 186, 188, 223, 248, 263, 274

Assurance, 9, 16, 22, 30, 80, 115, 149, 195, 256
Assureur, 10, 16, 24, 28, 30, 80, 81, 110, 121, 137, 161, 195, 330
Attestation, 182, 209, 212, 220, 223
Autorité
– administrative, 2, 3
– de la chose jugée, 28
– judiciaire, 2, 54, 80, 93, 122, 263, 271
Ayants droit, 17, 24, 66, 71, 74, 79

B

Badinter, 22, 274, 330
Barème, 299, 339, 342
Bioéthique, 43, 45–47, 150, 185
Blâme, 12, 140, 188, 229, 246, 253, 256

C

Cassation, 4, 7
Causalité, 7, 20, 21
CEDH, 169
Certificat, 10, 25, 63, 65, 67, 72, 78, 81, 88, 91, 145, 182, 209, 211, 212, 220, 223
Chute, 216, 217
Class Action, 7, 35
Classement sans suite, 133, 134
Clause de conscience, 52
CLIN, 234, 236, 238
CNAM, 279, 328, 330
Cnam, 330
Code
– civil, 7, 15, 46, 67, 72, 74, 76, 112, 144, 148, 165, 170, 173, 179, 190, 217, 239, 293, 310, 320
– de déontologie, 12, 49, 63, 69, 150
– de déontologie médicale, 12, 38, 188, 231
– de la santé publique, 15, 22, 31, 39, 41, 49, 54, 75, 77, 93, 99, 152, 175, 188, 205, 207, 235, 241, 253, 255, 256, 312, 330
– de procédure civile, 31, 40, 73, 213, 297
– de procédure pénale, 40, 41, 122, 263, 285, 286, 294
– des assurances, 30, 73, 80

- pénal, 2, 10, 12, 40, 41, 64, 66, 67, 85, 115, 122, **128**, 131, 134, 145, 148, 168, 185, 224, 247, 291
- Collège d'experts, 284, 328
- Coloscopie, 165, 318, 325
- Commentaires des parties, 274, 278
- Common Law*, 32
- Communication
 - d'un dossier, 67, 80
 - de pièces, 231, 277, 288
- Compétence, 2, 4, **27**, 29, 34, 40, 56, 61, 78, **103**, 140, 250, 253, **271**, 272, 274, 280, 294, 297, 303, 319, 328, 331, 333
- Conciliation, 12, **17**, **27**, 29, 245, **279**, 328, 330–332
- Conduite automobile, 220
- Confiance, 3, 47, 61, 65, 69, 74, 82, 84, 88, 97, 99, 100, 130, 150, 174, 294, 307
- Confidentialité, 94
- Conseil
 - d'État, 4, 6, **10**, 12, 35, 43, 54, 84, 109, 137, 140, 159, 160, 162, 169, 203, 228, 245, 253, 318, 326, 346
 - départemental de l'Ordre, 57, 133, 140, 246
 - national de l'Ordre, 91, 140, 142, 169, 188, 221, 246
 - régional de l'Ordre, 12, 188, 246
- Consentement, 306, 316, 321
- Consolidation, 24, 94, 122, 244, 246, 276, 299, 337, 338
- Contentieux, 2, 3, 27, 28, 32, 33, 110, 115, 146, 195, 252, 253, 274
- Contradictoire, 40, 92, 120, 122, 142, 214, 231, 277, 278, 287, **288**, 290, 297, 331
- Contrat, 9, 52, 53, 109, 148, 157, 170, 178
 - d'assurance, 16
- Coronarographie, 190
- Correctionnelle, 12, 120, 122, 126, 130, 250, 267
- Cour
 - administrative d'appel, 4, 10
 - d'appel, 3, 4
 - de cassation, 4, 6, 9
- CRCI, 17, 27, 195, 203, 228, 279, 280, 311, **328**, **330**, 331, 332, 336, 340, 341
- Creutzfeldt-Jacob, 65
- Curatelle, 306, 324

D

DASRI, 254, 255

Décision

- de justice, 32
- préalable, 137, 161
- Décision de justice, 7
- Défendeur, 15
- Déférer, 118, 133, 263, 265–267
- Demandeur, 20, 277, 280
- Démarche indemnitaire, 18, 115, 163, 195, 328
- Déontologie, 38, 40, 41, 63, 128
- Dépénaliser, 130
- Déporter, 272, **281**, 287
- Dérogation au secret, 100
- Désignation, 32, 41, 73, 84, 97, 99, 119, 241, **281**, 300, 335
- Dires, 274, 276, 278, 284, 297, 301
- Divan, 190, 216, 217
- Données acquises de la science, 9
- Dossier médical, 47, 67, 69, 72, 75, 78, 80, 84, 86, 91, 92, **94**, **96**, 97, 100, **101**, 133, 207

E

Erreur, 162, 163, 165

Expert, 40, 41, 271, 272, 281

F

Fond de garantie, 30

Formation professionnelle, 140, 192, 290

G

Good Samaritan Act, 149

Griefs, 122, 154, 161, 183, 185, 188, 245, 289, 308

H

Handicap, 18, 20, 237, 257, 308, 339, 341–343

I

Impartialité, 27, 29, 34, **40**, **272**, 280, 281, **284**, 290, 303

Imputabilité médicale, 20, 342

Incapacité, 299

Indemnisation, 10, 16, 110, 239, **344**

Indépendance, 40

Infection nosocomiale, 17, 173–175, 233

Information, 306–310, 312, 318

Infraction, **2**, **10**, 61, 64, 84, 85, 96, **115**, 122, 124, 126, 132, 133, 145, 185, 205, 219, 230, 246, 257, 267

Inquisitoire, 32

IPP, 17, 280, 332, 336, 339, 341, 342, 344
ITT, 185, 341, 342
IVG, 52, 76, 77, 308, 316

J

Juge, 2-4, 6, 7, 15, 71, 92, 137, 161, 266, 294, 296, 297, 300

Juridiction

- administrative, 4, 137, 154, 219, 233, 257, 346
- civile, 2, 137, 138, 188, 348
- disciplinaire, 140, 141, 188, 203, 229
- judiciaire, 3, 228, 272, 347
- ordinale, 12, 142

L

Limitation, 48, 195, 342

Loi

- du 31 décembre 2002, 30
- du 4 mars 2002, 12, 14, 15
- du 5 mars 2007, 120, 266, 300, 311
- Fauchon, 103, 122
- Kouchner, 178
- sur la présomption d'innocence, 122
- Talon, 205, 252

M

MARC, 27

Médecin

- conseil, 81, 91, 276, 283
- de recours, 274, 276
- du travail, 67, 69, 71, 79, 144, 180, 226, 227
- expert, 78
- traitant, 40, 54, 66, 69, 71, 72, 73, 78, 80, 81, 91, 92, 97, 99, 205, 207, 220, 281, 283, 291, 303, 319, 358

Médiateur, 27, 28, 142

Médiation, 27

Mis

- en cause, 33, 118, 231, 280, 284
- en examen, 119, 130

N

Non-lieu, 132

O

Obligation, 170, 173, 174, 175, 177

- d'information, 171
- de moyens, 148, 162, 168, 170, 171, 173, 175, 177-179, 217

– de résultat, 171, 173, 177, 183

– de sécurité, 171, 175, 178, 217

– légale, 180

– morale, 169

ONIAM, 17, 27, 162, 163, 239, 245, 328, 330, 341, 344, 345, 348

Ordonnance, 2, 43, 73, 89, 113, 136, 145, 182, 201, 202, 205, 277, 301

Ordre

- administratif, 4, 331, 341
- judiciaire, 4, 6, 331, 341

P

Parents, 18, 76, 77, 207, 211, 281, 306, 308, 316, 319, 321, 323

Parties, 92, 137, 213, 231, 266, 273, 276, 281, 300, 341

Permis de conduire, 3, 220

Perte de chance, 164, 183, 308, 310, 313, 318, 346, 347

Plaignant, 24, 27, 121-123, 130, 132, 137, 141, 142, 161, 185, 246, 274, 284

Plainte, 12, 24, 25, 34, 55, 58, 115, 118, 122, 132, 133, 135, 140-142, 246-248, 289

Précaution, 167, 257, 288, 323

Préjudice, 7, 18, 21, 28, 29, 31, 47, 64, 88, 110, 115, 132, 137, 150, 152, 163, 165, 175, 178, 190, 191, 217, 228, 237, 243, 246, 248, 257, 293, 299, 301, 308, 309, 311, 332, 337, 340, 343, 344, 346, 347

Prérapport, 274, 278, 284, 301

Présomption

- d'innocence, 118
- de culpabilité, 130
- de faute, 165
- de responsabilité, 14, 109, 225, 234, 238

Preuve, 15, 20, 22, 53, 109, 115, 124, 134, 152, 157, 213, 220, 234, 238, 260, 318, 319, 325, 326

Produit de santé, 14, 15, 234, 239

R

Radiation, 12, 140, 188, 229, 246, 272, 291

Recommandations, 26, 43, 82, 146, 152, 231, 276, 328

Récuser, 40, 281, 291, 359

Refus, 52, 53

Relaxe, 3, 116, 132, 311

Réquision, 50, 101, 263, 266

Responsabilité

– administrative, 10, 137, 138, 244, 246

– civile, 6, 9, 10, 16, 30–32, 34, 88, 109, 110, 112, 115, 138, 144, 145, 148, 163, 183, 202, 211, 217, 225, 244, 246, 292, 293

– disciplinaire, 33, 137, 138, 140, 246

– du fait des choses, 173, 175, 177, 178, 183, 190

– pénale, 10, 34, 103, 115, 116, 121, 129, 138, 161, 181, 205, 246

– sans faute, 14, 15, 157, 225

Risque, 113, 118, 121, 124, 130, 141, 168, 178, 195, 229, 235, 238, 244, 254, 258, 263, 265

S

Saisie, 4, 12, 67, 78, 92, 101, 119, 133, 134, 229, 263, 303

Sanction disciplinaire, 90, 169, 271

Sang contaminé, 167

Sauvegarde de justice, 306, 324

Scellés, 101, 133, 296

Secret, 64, 118, 134

Sécurité, 24, 61, 87, 109, 116, 124, 126, 167, 175, 178, 202, 216, 227

Serment d'Hippocrate, 61, 354

SHAM, 32, 195

Sinistralité, 195, 333

Sociétés savantes, 146, 231

Solidarité nationale, 16, 239, 330, 345

Suspension, 3, 12, 140, 188, 229, 246, 253, 256, 291

T

Table d'examen, 183, 216

TASS, 253

Technicien de justice, 93

Témoin, 119, 133, 142, 187

Thrombose, 203

Transaction, 28, 29, 33

Tribunal, 110, 228, 231, 246, 267, 271, 272, 300

Tutelle, 98, 152, 306, 324

V

VIH, 239

Violation du secret, 25, 54, 61, 63, 67, 69, 186, 188, 223, 263, 290