

Si la loi du 4 mars 2002 a codifié les principes généraux dégagés par la jurisprudence au fil du temps, la diversité des mises en cause laisse au juge un pouvoir d'appréciation pour veiller à ce que le principe de la responsabilité médicale reste en adéquation avec les valeurs de notre société.

Responsabilité médicale : la jurisprudence peut-elle être source de droit ?

CATHERINE PALEY-VINCENT, CHARLOTTE PAILLET

Avocats au barreau de Paris ; cabinet Ginestie Magellen Paley-Vincent, Paris, France

paley@ginestie.com

Les auteurs déclarent n'avoir aucun lien d'intérêts.

Pendant des siècles, la responsabilité du médecin a peu fait parler d'elle. La relation de confiance qui s'instaurait traditionnellement entre le médecin et son patient était étrangère aux revendications et à toute remise en cause.

En 1804, l'empereur Napoléon définissait les règles du bien vivre ensemble, le code civil ; mais pas une ligne sur la responsabilité du médecin.

Et pourtant, dès 1832, le tribunal civil de Domfront¹ connaît la première mise en cause d'un obstétricien qu'il condamne. D'autres décisions suivront, composant entre elles ce que les juristes nomment « la jurisprudence ».

Un siècle plus tard, le droit de la responsabilité médicale est forgé par la Cour de cassation, dans un arrêt Mercier du 20 mai 1936 qui définit le « contrat de soins » et place la responsabilité du médecin dans le domaine contractuel.

La voie est tracée : les obligations du médecin à l'égard de son patient sont décrites. Le médecin ne peut s'engager à guérir mais du moins à donner des soins « *non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science* ». Au fil

des ans, « *acquises* » sera remplacé par « *actuelles* ». Le code de déontologie médicale² reprend ces notions, érigeant la qualité des soins dans les obligations premières du médecin. D'année en année, le droit de la responsabilité médicale naît ainsi de la somme des décisions qui rendent les tribunaux, faute d'une loi régissant alors la responsabilité du médecin. La faute technique du médecin est cernée, décrite, commentée. Comme dans la peinture de Seurat ou de Signac, pointillistes, chaque affaire jugée vient se juxtaposer par « petites touches » aux décisions précédemment rendues, jusqu'à former une œuvre d'ensemble cohérente. Confronté à une attaque du patient, le médecin doit se défendre. Où ? Quand ? Comment ? Sur quels fondements ? Comment va se dérouler et être jugé le procès qui lui est intenté ?

L'appréciation d'une responsabilité peut prendre les formes les plus diverses, « *un habit d'Arlequin* » a-t-on écrit. Ces facettes dépendent de la juridiction devant laquelle est attiré le médecin en fonction de la finalité recherchée par le patient. Suivant ce choix, les conditions de la mise en cause de sa responsabilité et son appréciation par la jurisprudence vont être radicalement différentes.

Responsabilité civile et administrative

L'influence de la jurisprudence perdure malgré l'intervention du législateur qui, dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dite « loi Kouchner »,³ a enfin codifié les principes généraux dégagés par la jurisprudence au fil du temps. Une loi était promulguée définissant les droits du patient devenu « *acteur de sa santé* ». Se suffisait-elle à elle-même ? Pour autant, l'action du juge devenait-elle quasi automatique ? Assurément non, tant la diversité des mises en cause appellent des réponses faites de nuances justifiées tant par l'attitude du médecin que par les rigueurs de la technique.

De plus, la justice est humaine. L'impact personnel du juge n'est jamais loin et les deux ordres de juridictions, civil et administratif, ont longtemps eu des approches assez différentes. Selon que l'exercice du médecin est libéral ou hospitalier, les conditions de la mise en cause de sa responsabilité vont être distinctes : l'une va se dérouler devant les juridictions civiles, selon les règles du droit privé, et l'autre devant les juridictions administratives, appliquant le droit administratif régissant les rapports entre l'agent et l'utilisateur du service

public. Ces deux systèmes permettent *in fine* l'indemnisation du patient par le médecin libéral, en première ligne, ou par l'hôpital qui couvre la responsabilité du médecin hospitalier. L'un et l'autre ont l'obligation de s'assurer.

CONVERGENCE PROGRESSIVE DES JURISPRUDENCES

Malgré cette dualité de compétences juridictionnelles, la loi du 4 mars 2002 a incontestablement eu le mérite d'uniformiser les principes de la responsabilité médicale permettant une convergence progressive des jurisprudences administrative et judiciaire. Les juges civils et administratifs font désormais application de principes communs pour déterminer si une faute du praticien est à l'origine des préjudices allégués par le patient.

Le juge en charge d'une procédure va avoir pour première réaction de désigner un ou plusieurs experts, choisis dans la ou les spécialités mises en cause, avec une mission décrite avec le plus grand soin. Premier temps fort de la procédure, l'expertise est, on le comprend, essentielle, sinon déterminante, pour la suite des événements. Toutefois, le rapport d'expertise ne lie pas le juge et il sera toujours possible, postérieurement au dépôt du rapport, de le commenter et souvent de le critiquer. Néanmoins, il est clair que les conclusions de l'expert emporteront souvent la conviction du tribunal. La préparation et la participation des médecins aux opérations d'expertise sont dès lors indispensables. Il ne faut pas hésiter à « réviser » son dossier avant la réunion d'expertise !

UNE FAUTE OU UNE SIMPLE ERREUR EXCUSABLE ?

L'expert, puis le juge, vont être chargés de déterminer si le praticien mis en cause a commis une faute technique à l'origine des préjudices invoqués par le patient. Cette mission est délicate puisque ne pèse sur le praticien qu'une « obligation de moyens » : il doit mettre en œuvre les meilleurs moyens possibles pour parvenir à la guérison de son patient, sans toutefois bien sûr pouvoir promettre cette guérison.

Dès lors, comment est appréciée la faute du praticien ? Certaines erreurs sont faciles à appréhender tant la faute de celui-ci paraît évidente. À titre d'exemple, dans une affaire ancienne mais emblématique de ce que, au-delà de la technique, le médecin doit toujours raison garder : la responsabilité d'un gynécologue-obstétricien a été retenue pour avoir fait courir à une patiente un « *risque injustifié* ». Enceinte de son 5^e enfant, elle avait instamment demandé à son médecin de déclencher artificiellement son accouchement, 10 jours avant le terme prévu, pour que celui-ci coïncide avec le jour de son anniversaire de mariage ! Le praticien a cédé à sa demande l'exposant alors, sans aucune justification thérapeutique, aux complications liées à un déclenchement artificiel, alors même qu'elle avait des antécédents inquiétants. La suite fut tragique : hémorragie cataclysmique. Victime d'un arrêt cardiaque, la maman est décédée à la suite d'un coma de plus de 2 ans.⁴ Tous les ingrédients de la faute étaient là réunis et ce d'autant que les fantasmes du patient n'exonèrent en rien le praticien qui y a cédé. Bien plus souvent, la faute médicale est particulièrement difficile à définir tant elle est complexe et multiforme. Cette notion s'est éclaircie au fil des décisions rendues, mais toute tentative de classification de la faute médicale reste néanmoins périlleuse. Ce qui est certain, c'est que le manquement du médecin, quel qu'il soit, peut engager sa responsabilité : toute imprudence, négligence, maladresse, défaut de surveillance, erreur de diagnostic, mauvaise organisation du service peut entraîner une condamnation s'il est démontré qu'il existe un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Toute la difficulté du procès en responsabilité médicale va être pour le juge de cerner si le mauvais résultat de l'intervention médicale procède d'une faute ou d'une simple erreur excusable. Le temps du diagnostic est particulièrement topique de cette difficulté. On peut toujours se tromper mais en ayant exploré toutes les

pistes qui permettaient d'éviter l'erreur. La légèreté ou le défaut de rigueur ne permettront jamais d'excuser l'erreur qui deviendra alors une faute condamnable. Pour fixer cette délicate frontière, les experts d'abord, les tribunaux ensuite, tentent de se référer « *aux données actuelles de la science* » et aux bonnes pratiques qui sont, par consensus, déterminées par l'ensemble d'une spécialité, des sociétés savantes et la bibliographie publiée (v. encadré).

INFORMER ET EN GARDER LA TRACE

Autre domaine éminemment sensible : celui de l'information. L'arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1961 a été dans ce domaine créateur de droit : « *L'information doit être une information simple, approximative, intelligible et loyale [...]* »⁵

Le code de déontologie médicale et la loi du 4 mars 2002 ont consacré cette construction, clarifiant, définissant et simplifiant les principes désormais complètement intégrés dans la pratique médicale.

Informé sûrement. Tout dire, certainement pas. Le vocabulaire défini par la jurisprudence au milieu du XX^e siècle reste d'une évidente actualité.

Un arrêt de principe du 25 février 1997 a ajouté à cette construction jurisprudentielle.⁶ Le médecin doit informer mais, plus encore, il doit désormais prouver et établir par des preuves comment il a informé. L'écrit est roi mais il ne s'agit pas pour autant de devenir greffier !

Disons pourtant que la bonne tenue du dossier médical est cruciale : la Cour de cassation a confirmé récemment que la faute médicale est présumée lorsque le dossier du patient est insuffisamment renseigné et ne permet pas de retracer la prise en charge.⁷ Les articles L. 1111-2 et -7 du code de la santé publique permettent incontestablement de conseiller d'inclure l'information donnée dans le contenu du dossier médical même si « *l'entretien individuel* » demeure le moment privilégié entre le médecin et son patient.

LES RECOMMANDATIONS DE BONNE PRATIQUE INFLUENCENT-ELLES LES DÉCISIONS DE JUSTICE ?

Les recommandations professionnelles « se fondent sur des arguments scientifiques, particulièrement sur la notion de preuve scientifique, ainsi que sur des études relevant des sciences humaines (études sociologiques, démographiques, etc.) et des études économiques. Le doute formulé est le reflet du doute des scientifiques. Ces travaux s'appuient sur les données les plus actuelles de la littérature scientifique et reflètent l'état des connaissances à un moment donné ».¹ On le comprend, les recommandations de bonne pratique, adoptées par la Haute Autorité de santé, correspondent le plus souvent à des règles admises par l'ensemble de la communauté scientifique, qui s'analysent et se confondent alors avec les données acquises de la science et les règles de l'art.

Une certaine force juridique

Au regard de leur importance et de leur influence sur la pratique des professionnels de santé, qui s'engagent à assurer au patient des soins « fondés sur les données acquises de la science »,² telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonne pratique, le Conseil d'État a estimé que ces dernières pouvaient être contestées devant le juge administratif.³

La jurisprudence considère donc que les recommandations de bonne pratique constituent une composante des données

acquises de la science, ce qui leur confère une certaine force juridique. La loi du 4 mars 2002 a d'ailleurs reconnu à certaines d'entre elles une valeur juridique opposable aux professionnels, en prévoyant leur homologation par arrêté ministériel. Cela est par exemple le cas pour les recommandations relatives à la délivrance de l'information.⁴

Des juges libres de s'en écarter... en théorie !

Ainsi, les juges auront tendance à se référer aux recommandations de bonne pratique pour apprécier une éventuelle faute d'un professionnel de santé. Pour autant ils disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation et sont en principe libres de s'écarter de ces recommandations. À titre d'illustration, la Cour de cassation a admis qu'un praticien invoque des recommandations parues postérieurement aux faits litigieux et estimé qu'il appartenait aux médecins experts judiciaires d'apprécier, notamment au regard de ces nouvelles recommandations, si les soins prodigués pouvaient être considérés comme appropriés.⁵

On sait que les experts s'appuient eux-mêmes sur les recommandations de bonne pratique ! C'est la raison pour laquelle il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudences civiles ou administratives

récentes ayant accepté de « s'écarter » clairement de ces recommandations.

En revanche, les juridictions disciplinaires, composées de conseillers ordinaires médecins, ont une appréciation plus libre des recommandations de bonne pratique. Par exemple, dans une décision du 27 octobre 2015, la chambre disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins a estimé qu'on pouvait s'en écarter dès lors « qu'elles apportent les mêmes résultats ou garanties » aux praticiens et que ceux-ci « maîtrisent ces techniques ou pratiques et qu'ils ne font courir à leur patient aucun risque injustifié ».⁶

L'écart entre la « pratique » et les « recommandations » fait principalement l'objet de débats lors de la réunion d'expertise organisée par l'expert ou devant les juridictions ordinaires. La discussion de ces recommandations doit donc être un point crucial d'une expertise.

RÉFÉRENCES

1. Haute Autorité de santé. La HAS – Principes fondateurs, rôle, mission et organisation. Dossier de presse du 26 janvier 2005 diffusé par la HAS.
2. Article R. 4127-32 du code de la santé publique.
3. Conseil d'État, n° 334396, 27 avril 2011.
4. Article L. 1111-2 du code de la santé publique
5. Cour de cassation, n° 17-15.620, 5 avril 2018.
6. Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, n° 12319, 27 octobre 2015.

Responsabilité pénale et disciplinaire

La responsabilité personnelle de tout praticien, qu'il soit libéral ou hospitalier, peut également être engagée devant les juridictions pénales et ordinaires : c'est alors l'homme et son comportement qui sont visés et non plus les finances de son assureur. Au-delà du souhait de réparation financière, c'est la condamnation d'un homme qui est voulue, attrait au « banc de l'infamie ».

LA FAUTE PÉNALE

Le pénal, c'est l'offense, le discrédit majeur, souvent la manifestation d'une confiance déçue, sinon d'une vengeance. Il faut ajouter que l'opprobre qui s'attache à la procédure répressive est souvent amplifiée par les médias plus friands de l'annonce du drame que d'une relaxe ou d'une ordonnance de non-lieu à poursuivre. Le dépôt d'une plainte pénale traduit aussi souvent la volonté de « savoir », de percer le mur du silence : « On nous a tout caché. » Le meilleur antidote au

procès pénal est sans aucun doute le soin que le praticien aura pris à recevoir le patient ou sa famille, à leur expliquer l'accident survenu, à leur manifester une compassion bien normale. En un mot, donner à une médecine qui n'a pas été aussi performante qu'elle le voulait, une figure humaine...

Dans le cadre d'une plainte pénale, l'instruction va être menée par un juge et non plus à la seule initiative de la victime qui, au civil ou devant le juge administratif, doit fournir des

preuves pour étayer sa demande. Saisie du dossier, perquisition à l'hôpital ou au cabinet, c'est à l'accusation d'établir ce qu'elle poursuit et les fautes qu'elle suspecte.

LE MANQUEMENT DÉONTOLOGIQUE

Devant les juridictions ordinaires, la particularité du pouvoir disciplinaire est son étendue. L'action disciplinaire ne se prescrit pas et ne se limite pas nécessairement à la seule connaissance des fautes commises par le médecin à l'occasion de sa pratique professionnelle. Le juge disciplinaire peut être appelé à sanctionner, bien au-delà d'une carence technique. Le fondement essentiel de son autorité est la sanction d'un manquement déontologique défini par le code de déontologie médicale. Violation des principes essentiels à l'exercice de la médecine, violation du secret médical, immixtion dans les affaires de famille, déconsidération de la profession... Le juge disciplinaire peut sanctionner tout acte contraire à la


déontologie et même, au-delà, tout manquement contraire à l'éthique et à la morale professionnelle.

Il est ainsi particulièrement difficile de définir la faute pénale comme le manquement déontologique, puisque le juge, comme les conseillers ordinaires, seront amenés à se prononcer en fonction des circonstances des faits incriminés : le médecin va devoir s'expliquer sur son comportement, ses méthodes, ses choix, ses attitudes, ses gestes, pour tenter d'être exonéré de toute condamnation.

PAS DE JUSTICE PRÉDICTIVE

Il résulte de ce rapide aperçu de la responsabilité médicale que si l'on peut appréhender la jurisprudence, il demeure délicat, sinon impossible, d'envisager une « *justice prédictive* ». En cette matière, le fait domine le droit et l'œuvre de justice reste déterminante. Quelle que soit l'étendue de l'intervention du législateur, le juge demeure toujours l'un des piliers des concepts de responsabilité médicale, veillant à ce que celle-ci reste en adéquation avec les valeurs de notre société.

Dans le domaine de la bioéthique, un arrêt du Conseil d'État du 17 avril 2019⁸ illustre parfaitement cette idée : la haute juridiction administrative a, pour refuser le transfert vers l'Espagne de gamètes masculins congelés en France, confirmé l'appréciation de l'Agence de la biomédecine qui a fixé à 59 ans révolus l'âge limite de procréation du père « *compte tenu du large consensus existant dans la communauté scientifique et médicale* ». Cette décision est justifiée par le fait qu'il fallait éviter les risques qu'une telle procréation créerait sur le développement embryonnaire, la grossesse et la santé du futur enfant. Pourtant, aucun âge limite n'a jamais été fixé par la loi. Ainsi, le juge supplée à l'absence de la loi.

Il n'en reste pas moins que si les progrès de la médecine avancent chaque jour à grands pas, la justice marche plus lentement, car il lui faut refléter au fil du temps un consensus social : chaque décision de justice est rendue « *au nom du peuple français* ». 

RÉSUMÉ RESPONSABILITÉ MÉDICALE : LA JURISPRUDENCE PEUT-ELLE ÊTRE SOURCE DE DROIT ?

La loi du 4 mars 2002 a codifié les principes généraux du droit de la responsabilité médicale, offrant un socle textuel aux droits des patients déjà dégagés par la jurisprudence au fil du temps. Pour autant, quelle que soit l'étendue de l'intervention du législateur, le juge demeure l'un des piliers des concepts de la responsabilité médicale, veillant à ce que celle-ci reste en adéquation avec les valeurs de notre société. Dans le contentieux dit « indemnitaire », il appartient au juge civil ou administratif d'apprécier, à l'aide d'un rapport d'expertise ou des données acquises de la science, les éventuels manquements du professionnel de santé susceptibles d'engager sa responsabilité. Le juge peut également être saisi afin qu'une sanction pénale ou disciplinaire soit prononcée à l'encontre du praticien. Dans ce cas, la juridiction est amenée à juger l'homme et son comportement en prenant en compte les circonstances des faits incriminés. Cet article présente sommairement le contentieux de la responsabilité médicale pour que les médecins comprennent sur quels fondements ils vont être jugés et leur permettre de préparer leur défense en conséquence.

SUMMARY MEDICAL LIABILITY: CAN CASE LAW BE A SOURCE OF LAW?

The law of 4 March 2002 codified the general principles of medical liability law, providing a textual basis for patient's rights already established by case law over time. However, whatever the extent of the legislator's intervention, the judge remains one of the pillars of the concepts of medical liability, ensuring that it remains in line with the values of our society. In the so-called "compensation" litigation, it will be up to the civil or administrative judge to assess, with the help of an expert report or established scientific knowledges, any shortcomings of the health professional that may engage his liability. The judge may also be seized in order for a penal or disciplinary sanction to be pronounced against the practitioner. In this case, the court is led to judge the man and his behaviour by considering the circumstances of the incriminated facts. This article provides a summary presentation of medical liability litigation so that doctors can understand the grounds on which they will be judged and enable them to prepare their defence accordingly.

RÉFÉRENCES

1. Bureau C. Fallait-il tuer l'enfant Foucault ? Paris : Édition Stock, 2003.
2. Code de déontologie médicale aux articles R. 4127-1 et suivants du code de la santé publique.
3. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dite « loi Kouchner ». <http://bit.ly/36g8XLL>
4. Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 27 mai 1998, n° 96-19.161.
5. Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 21 février 1961.
6. Cour de Cassation, 1^{re} chambre civile, 25 février 1997, n° 94-19.685.
7. Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 9 avril 2014, n° 13-14.964.
8. Conseil d'État, 17 avril 2019, n° 420468.