

DROIT DE LA SANTÉ ET RESPONSABILITÉ MÉDICALE

Plus de six ans après l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, le constat peut être fait que des difficultés d'application persistent. L'abondante jurisprudence en la matière est là pour en témoigner.

Si cette réforme du droit médical a incontestablement donné un coup d'arrêt à l'inflation jurisprudentielle que connaissait ce secteur, elle n'a pas pour autant répondu à toutes les questions. Elle laisse donc aux magistrats un champ d'investigation important avec la non-rétroactivité du nouveau régime, le maintien de certains systèmes jurisprudentiels antérieurs, la complexité de certaines situations difficiles à classer juridiquement (telles que la distinction entre accident et faute médicale)...

La présente étude fait le point sur les principales décisions rendues en matière de droit de la responsabilité médicale ces dernières années.

LE SECRET MÉDICAL

Secret médical et expertise

Un assuré a souscrit deux contrats d'assurance vie garantissant, en cas de décès, le versement d'un capital au profit d'une banque à concurrence des sommes dues au titre de deux prêts contractés par lui, le reliquat éventuel revenant à ses ayants droit.

Il décède et ses héritiers font assigner l'assureur en paiement des garanties, mais la compagnie sollicite une expertise médicale afin de déterminer les causes du décès et la date de la première manifestation de l'affection ayant causé la mort. L'assureur allègue une fausse déclaration de l'assuré et oppose la nullité du contrat.

L'expert se voit alors opposer le secret médical par le médecin hospitalier et le médecin traitant du défunt.

Aux termes de l'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 aux soins a droit au respect des informations le concernant.

Ce principe s'oppose à tout professionnel de santé ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans un système de santé.

L'assureur ne peut donc produire un document couvert par le secret médical, intéressant le litige, qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce secret. C'est ce qui résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation¹.

En cas de difficulté, il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si ce refus a pour but de faire respecter un intérêt légitime ou de faire écarter un élément de preuve. C'est la question qui est ici posée à la cour d'appel de Nancy.

En l'espèce, les conclusions de l'expertise ont été fondées sur des documents médicaux remis sans l'accord des ayants droit.

En application de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique, leur accord devait être obtenu. Donc l'expertise est écartée des débats.

Toutefois, la cour d'appel relève que le refus opposé par les ayants droit de l'assuré ne tendait pas à faire respecter un intérêt légitime tel que la protection de la vie privée, mais à faire écarter un élément de preuve.

Seule l'expertise était ici susceptible d'établir la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré alléguée par l'assureur.

¹ Cass. civ. II, 2 juin 2005, pourvoi n° 04-13509.

La cour d'appel prononce donc l'annulation des contrats d'assurance souscrits, car si le secret médical a été violé, le refus opposé par les ayants droit à l'assureur et à l'expert de lever le secret médical a été interprété comme une stratégie pour faire obstacle à l'action en nullité de l'assureur, et non pour faire respecter un intérêt légitime supérieur à celui de l'assureur.

CA Nancy 1^{re} ch. civ., 12 juin 2006, n° 97/02 634,
Le Continent c/ Mary José S. et autres.

Communication de dossier médical à un expert judiciaire

Dans l'espèce de l'arrêt soumis à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, un employeur contestait le taux d'incapacité permanente partielle (IPP) attribué à un de ses salariés par la caisse de mutualité sociale agricole. La cour d'appel avait ordonné, avant dire droit sur la fixation de ce taux, une expertise sur pièces « sans que puisse être opposé le secret médical au professionnel ». Le médecin-conseil de la caisse refusait la communication de son rapport en invoquant le secret médical, celui-ci constituant à ses yeux un empêchement légitime en l'absence d'accord de l'intéressé à la communication.

Il se conformait ainsi à la jurisprudence constante sur le sujet et à la solution qu'avaient donnée la première et la deuxième chambre civiles dans les arrêts du 7 décembre 2004² et du 2 juin 2005³, qui disposaient 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 cependant – en l'absence de disposition législative spécifique – contraindre le détenteur de documents médicaux à lui transmettre des informations couvertes par le secret médical sans l'accord de la personne intéressée ou de ses ayants droit, le secret médical constituant un empêchement légitime prévu par les textes (art. 10 du code civil, art. 141 du code de procédure civile et art. L. 1110-4 du code de la santé publique).

Mais la deuxième chambre civile décide tout au contraire que le secret médical ne saurait être opposé à un médecin expert appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale pour refuser de lui communiquer des documents médicaux.

Cette solution semble essentiellement fondée sur le fait que le médecin expert, lui-même tenu au respect du secret médical, ne peut communiquer aux parties les documents qu'il examine et ne révélera dans son rapport que les éléments de nature à apporter la réponse aux litiges. Donc la solution donnée ici par la deuxième chambre civile ne vaudrait que pour la transmission de données médicales à un expert judiciaire.

Affaire à suivre...

Cass. civ. II, 22 novembre 2007, pourvoi n° 06-18250.

Responsabilité pénale du médecin

Dans l'arrêt du 13 février 2007, la chambre criminelle de la Cour de cassation donne une illustration de la mise en jeu de la responsabilité pénale d'un médecin pour homicide par imprudence.

C'est ici en tant qu'auteur indirect que le médecin est reconnu coupable d'homicide par imprudence.

L'auteur indirect est celui qui, n'ayant pas créé le dommage par son action immédiate, a cependant créé, ou contribué à créer, la situation qui a permis la réalisation du dommage, ou n'a pas pris les précautions permettant d'éviter celui-ci.

En l'espèce, le médecin avait été réquisitionné par le préfet dans une période de grève généralisée des praticiens et était allé passer sa nuit de garde dans un endroit dépourvu de téléphone fixe où il savait qu'il était difficilement joignable sur son portable en raison d'une faible couverture de réseau par son opérateur téléphonique.

Or ce médecin ne fut pas joint, ce qui eut des conséquences dramatiques puisque le patient est décédé en la seule présence de son fils de dix ans qui tentait en vain de faire intervenir des secours auprès de son père.

Le médecin est reconnu coupable d'homicide involontaire par imprudence et est condamné à trois mois d'emprisonnement avec sursis.

Cass. crim., 13 février 2007, pourvoi n° 06-81 089.

L'indemnisation de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations auxquelles le médecin est contractuellement tenu

Au cours d'une intervention chirurgicale pratiquée le 23 novembre 1984, une patiente a présenté une réaction allergique au latex, imputée au contact de ses muqueuses avec les gants chirurgicaux utilisés par le médecin.

Le médecin est déclaré responsable, par la cour d'appel, du préjudice subi par sa patiente aux motifs que le contrat conclu entre la patiente et le médecin mettait à la charge de ce dernier une obligation de sécurité de résultat concernant le matériel qu'il utilise pour l'exécution de l'acte médical, tel que les gants chirurgicaux en latex utilisés en l'espèce.

La première chambre civile casse cette décision en constatant que le dommage est survenu en l'absence de fautes du médecin et de vice des gants utilisés, et résultait d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical qui ne pouvait être maîtrisé.

La Cour rappelle ici que, par le contrat qui le lie à son patient, le médecin est tenu à un certain nombre d'obligations au titre desquelles ne figure pas l'indemnisation des conséquences de l'aléa thérapeutique. On entend par aléa thérapeutique un événement dommageable survenant à la suite d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins non imputable à un professionnel de santé mais qui, provenant du hasard, ne peut être maîtrisé.

Dès lors que le médecin n'a commis aucune faute ou que le matériel utilisé n'est ni vicié, ni défectueux, le médecin n'est pas tenu de verser des dommages et intérêts.

La victime se trouve donc privée d'indemnisation.

Depuis l'époque des faits, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 est intervenue pour organiser la protection des patients victimes de tels dommages, et fait jouer la solidarité nationale afin d'assumer le risque médical lorsque la responsabilité civile des professionnels de santé ne peut être engagée.

Mais encore faut-il que la gravité du dommage le justifie. Le droit à réparation au titre de cette solidarité est ouvert seulement lorsque les préjudices atteignent un certain seuil de gravité ou occasionnent au patient des conséquences anormales au regard de son état de santé actuel ou prévisible.

Dans le contexte actuel, la patiente aurait certainement obtenu réparation dans la mesure où elle a gardé d'importantes séquelles et notamment une IPP de 90 % nécessitant l'assistance continue d'une tierce personne.

Cass. civ. I, 22 novembre 2007, pourvoi n° 05-20974.

² Cass. civ. I, 7 décembre 2004, pourvoi n° 02-12539.

³ Cass. civ. II, 2 juin 2005, pourvoi n° 04-13509.

La responsabilité du médecin et son exonération par la faute du patient

Cet arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 17 janvier 2008, pose le problème de l'incidence de la faute du patient sur la responsabilité du praticien.

En l'espèce, un chirurgien-dentiste en Martinique avait tenté d'extraire sans succès la dent d'un patient. Ce dernier, alerté par des saignements et des sifflements de sa narine droite, décide de rentrer à Paris afin d'y poursuivre les soins. À son arrivée, on lui diagnostique une perforation du sinus. Le patient assigne son dentiste en responsabilité. Il s'avère alors que les conditions de transfert entre la Martinique et Paris (la climatisation à bord de l'avion et les variations d'altitude) ont eu un rôle causal dans l'apparition de ces maux, et que le patient aurait pris un risque en décidant de rentrer en Métropole dans son état.

La cour d'appel considère que l'aggravation de l'état de santé du patient lui est opposable et décide donc d'un partage de responsabilité.

La Cour de cassation casse l'arrêt aux motifs que si «*seule une faute du patient peut exonérer totalement ou partiellement le praticien de sa responsabilité*», il ne ressortait pas des constatations de la cour d'appel que ce retour en métropole présentait un caractère fautif.

Elle exige en effet une faute caractérisée, et non une simple prise de risque du patient, pour exonérer même partiellement le médecin de sa responsabilité.

Cass. civ. I, 17 janvier 2008, pourvoi n° 06-20-107.

L'OBLIGATION D'INFORMATION DU MÉDECIN

De nombreux arrêts ont été rendus par la Cour de cassation concernant le devoir d'information du médecin, il nous semble donc intéressant de faire un point sur la jurisprudence rendue dans ce domaine ces dernières années.

En effet, la jurisprudence sur l'obligation d'information est loin de se tarir, malgré l'intervention de la loi du 4 mars 2002 qui en a pourtant dessiné les contours. Jusqu'à cette loi, qui a introduit à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique cette obligation, le contenu de l'information médicale était défini par la jurisprudence. Une jurisprudence qui a connu une évolution majeure sur le sujet.

Pendant de nombreuses années, il était jugé que les patients devaient être informés seulement des risques normaux et prévisibles. Les risques exceptionnels ou imprévisibles devaient être tus. Puis il y eut un revirement et, désormais, l'information doit porter sur tous les risques graves, même exceptionnels.

Le contenu de l'obligation d'information

Cette question du contenu de l'information nourrit toujours une jurisprudence abondante dont on trouve une illustration intéressante dans un arrêt du 22 novembre 2007⁴.

En l'espèce, une femme suit un traitement d'effacement des rides et imperfections cutanées. Pour cela, un médecin esthétique pratique à deux reprises sur le visage de la patiente des injections d'un produit appelé Dermalive. Des nodules inflammatoires apparaissent ultérieurement sur le visage de la patiente, en lien de causalité certain avec les interventions opérées par le médecin.

La victime assigne le médecin et le fabricant du Dermalive en réparation de ses dommages.

La cour d'appel de Versailles condamne solidairement le médecin et le fabricant du Dermalive à verser à la patiente des dommages et intérêts après avoir constaté une méconnaissance du médecin de son obligation d'informer sa patiente sur les possibilités des inflammations effectivement apparues et, par ailleurs, une injection excessive du produit.

En effet, seule la notice d'utilisation du Dermalive à usage du médecin mentionnait l'existence de ce risque, et non celle remise à la patiente. Pourtant, la littérature médicale abordait ce

sujet des effets indésirables et de leurs incidences sur un éventuel renoncement des patients aux soins.

La première chambre civile de la Cour de cassation entérine la position de la cour d'appel de Versailles et reconnaît la responsabilité du médecin pour défaut d'information et la responsabilité du fabricant du Dermalive pour défaut de qualité du produit.

En effet, aux termes de l'article 1386-1 alinéa 2 du code civil, le défaut d'un produit s'apprécie en tenant compte de toutes les circonstances, et notamment de sa présentation. Or, la cour d'appel a relevé que la plaquette d'information remise à la patiente ne faisait pas état du risque d'apparition de nodules inflammatoires, alors que même que ces derniers étaient indiqués dans la notice à l'attention du médecin.

Cette question du contenu de l'information s'est également posée dans un cas de refus de soin du patient où celui-ci avait refusé le traitement proposé par son médecin, ce qui avait eu pour conséquences une aggravation de son état ayant nécessité une intervention chirurgicale à l'origine de différents troubles.

Il avait alors recherché la responsabilité de son médecin.

La cour d'appel de Pau, le 5 avril 2004, rejette sa demande car si, selon les experts, le traitement proposé à l'origine aurait en effet pu éviter l'intervention chirurgicale litigieuse, le médecin s'était heurté au refus du patient. Par conséquent, c'est l'aggravation de l'état de santé du patient qui l'avait conduit à pratiquer l'opération. La cour précise enfin que ce refus avait été consigné dans un commentaire rédigé par le malade, et que c'était dès lors la propre attitude du patient qui l'avait privé d'une chance d'éviter l'opération mutilante.

Cet arrêt est censuré par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 15 novembre 2005⁵, pour défaut de base légale au regard de l'article 1147 du code civil. Les juges du fond auraient en effet dû rechercher si le patient avait été informé par le médecin des risques graves encourus en cas d'opposition au traitement préconisé et de recours à l'opération en cause et, ainsi, mis en mesure de donner un consentement ou un refus éclairé aux actes médicaux envisagés.

La Cour rappelle donc la légitimité du refus de soins du patient, consignée à l'article L. 1111-4 du code de la santé publique qui prévoit également que «*le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix.*»

⁴ Cass. civ. I, 22 novembre 2007, pourvoi n° 06-14174, Dermatech contre Noëlle B. et Giang V.

⁵ Cass. civ. I, 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-18180.

Le médecin est donc tenu d'informer le patient des conséquences de l'intervention chirurgicale, mais il doit également l'avertir des conséquences de son refus de ce même acte médical afin qu'il puisse prendre une décision éclairée.

La charge de la preuve de la délivrance de l'information incombe au professionnel ou à l'établissement de santé (art. L. 1111-2 al. 7 du code de la santé publique). S'agissant d'un fait juridique, tous les modes de preuve sont admis.

Nécessité d'un lien de causalité entre le défaut d'information et le préjudice du patient

Une fois prouvé le défaut d'information du médecin, encore faut-il que le patient démontre qu'il existe un lien de causalité entre le manquement du médecin à son devoir d'information et le préjudice invoqué.

C'est ce que rappelle la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 décembre 2007⁶.

À la suite d'une intervention chirurgicale, un homme est atteint d'un risque rare inhérent à l'opération qui a entraîné une dégradation continue de son état jusqu'à son décès trois ans plus tard. Sa veuve et son fils engagent alors une action en responsabilité contre le chirurgien en demandant la réparation du préjudice subi par le patient.

La cour d'appel de Bordeaux reconnaît que le médecin avait failli à son obligation en n'informant pas le patient du risque qui s'était réalisé, mais elle ne considère pas qu'il y a lieu à réparation – pour la perte de chance de ne pas subir la pathologie dont il a été atteint – dès lors qu'eu égard à la gravité de son état, le patient même informé se serait fait opérer.

Il s'agit là d'une application classique de la jurisprudence dont il résulte que, si les juges estiment que l'opération aurait été acceptée par le patient, même s'il avait été informé du risque, il n'y a pas de préjudice indemnisable.

Une solution réaffirmée par la première chambre civile avec un arrêt du 31 mai 2007⁷ dans une affaire au cours de laquelle un médecin avait pris la décision d'accoucher une patiente par les voies naturelles, sans l'accord de celle-ci sur l'abandon du recours à la césarienne initialement prévue. L'enfant est né atteint de graves séquelles.

Les parents sont déboutés de leur action contre le médecin, la cour d'appel de Paris ayant constaté que l'information complète de la patiente ne lui aurait pas offert les arguments d'un choix autre que celui retenu par le médecin.

La violation de l'obligation d'information incombant au praticien ne peut être sanctionnée qu'autant qu'il en est résulté un préjudice dont l'existence est souverainement constatée par les juges du fond.

L'indemnisation du défaut d'information

Une fois établi que le défaut d'information du patient lui a causé un préjudice, se pose la question de l'indemnisation du patient pour manquement du médecin à son obligation d'information.

Il est de jurisprudence constante que le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque

qui s'est finalement réalisé; et non l'entière du dommage corporel qui en est résulté.

La première chambre civile de la Cour de cassation réaffirme ce principe dans un arrêt du 13 février 2007⁸ et énonce que la violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé. Le dommage correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudice subis, déterminée en mesurant la chance perdue et qui ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical.

Une illustration de cette appréciation nous est donnée dans un arrêt du 13 mars 2007⁹.

Un patient présentant différentes pathologies, notamment cardiaques, est victime d'une syncope avec arrêt cardiaque puis décède à la suite d'une hospitalisation au cours de laquelle il a subi un choc cardiaque et reçu un médicament régulateur du rythme du cœur. La cour d'appel, en se fondant sur le rapport d'expertise, a constaté que les causes de l'arrêt cardiaque pouvaient être dues indifféremment à l'un ou l'autre des traitements mais que, cependant, le médecin ne rapportait pas la preuve qu'il avait donné à son patient une information complète, y compris sur les risques exceptionnels. Il avait donc commis une faute ayant fait perdre à son patient une chance de garder un état de santé stable.

Dans l'exercice de leur pouvoir souverain, les juges du fond ont alors estimé que ce défaut d'information du médecin avait entraîné une perte de chance pour le patient, qui devait être limitée à un cinquième du préjudice consécutif à l'hospitalisation et au décès de ce patient.

La Cour de cassation entérine la position des juges du fond.

La réparation du préjudice moral suite à un défaut d'information du médecin

Sur ce point, la jurisprudence semble partagée.

Dans l'arrêt précité du 6 décembre 2007¹⁰, la première chambre civile casse l'arrêt du 30 juin 2006 de la cour d'appel de Bordeaux qui avait réparé le préjudice moral subi par le patient en estimant que, s'il en avait été avisé, le choc subi par la réalisation du dommage aurait été moins brutal.

La cassation est prononcée dans des termes qui semblent exclure par principe tout préjudice moral en matière de non-information du patient.

La Cour affirme en effet que le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé.

Une solution surprenante, à rapprocher d'un arrêt du 13 mars 2007¹¹ de la même chambre, qui avait admis la réparation du préjudice moral d'une patiente décédée à la suite d'une erreur de diagnostic fautive lui ayant fait perdre une chance de survie. La cour d'appel avait condamné les médecins à réparer le préjudice moral subi par les parents, mais les avait déboutés de leurs demandes en qualité d'ayants droit de la victime.

La première chambre civile avait cassé l'arrêt d'appel et reconnu le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès, en raison d'une perte de chance de survie.

⁶ Cass. civ. I, 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19301.

⁷ Cass. civ. I, 31 mai 2007, pourvoi n° 03-19365.

⁸ Cass. civ. I, 13 février 2007, pourvoi n° 06-12372.

⁹ Cass. civ. I, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-14291.

¹⁰ Cass. civ. I, 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19301.

¹¹ Cass. civ. I, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-19020.

La question de l'indemnisation du préjudice moral résultant d'un manquement du médecin à son obligation d'information ne semble donc pas définitivement tranchée. Affaire à suivre...

Les déclarations d'incompétence des CRCI

Afin de faciliter le règlement à l'amiable des litiges relatifs à un accident médical, la loi du 4 mars 2002 a instauré des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI). Elles constituent le guichet unique auquel peut s'adresser la victime d'un dommage causé par un acte médical. Au terme d'une phase d'instruction des dossiers, les CRCI aiguillent le demandeur vers la procédure d'indemnisation adéquate – soit par l'assureur du responsable, soit, en cas de dommage relevant de la solidarité nationale, par l'Oniam. Bien que toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à un acte médical puisse saisir une CRCI, la compétence de celle-ci est conditionnée, dans le cadre de la procédure de règlement amiable, à une certaine gravité du préjudice subi. Si ce niveau de gravité (dont les critères d'appréciation sont définis à l'article D. 1142-1 du code de la santé publique) n'est pas atteint, la CRCI doit se déclarer incompétente.

Dans l'espèce, un patient avait saisi la CRCI de Corse d'une demande d'indemnisation de troubles qu'il imputait à un traitement qu'il avait suivi, et la commission s'était déclarée incompétente. Le demandeur avait alors saisi le tribunal administratif de Bastia d'une action en annulation pour excès de pouvoir de la décision d'incompétence.

Le tribunal avait rejeté la requête, le patient avait alors interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Marseille, qui a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis sur le point de savoir si une telle déclaration constitue une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La réponse du Conseil d'État en date du 10 octobre 2007 est très explicite : la déclaration par laquelle une commission s'estime incompétente pour connaître de la demande ou estime celle-ci irrecevable quand bien même elle fait obstacle à l'ouverture d'une procédure amiable, ne fait pas grief et n'est pas susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir. Il en est ainsi dès lors que la victime conserve la faculté de saisir, si elle s'y croit fondée, le juge compétent d'une action en indemnisation et conserve la faculté de faire valoir devant celui-ci tous les éléments de nature à établir, selon elle, la consistance, l'étendue, les causes et les modalités de son préjudice, quelles qu'aient été les appréciations portées sur ces questions par la CRCI lorsqu'elle a été saisie.

La déclaration d'incompétence ou d'irrecevabilité d'une CRCI prive certes le demandeur de la procédure de règlement amiable, mais elle ne le prive pas de la possibilité de saisir la juridiction compétente d'une action en responsabilité à l'encontre de l'auteur du dommage, puisqu'il peut saisir le juge compétent à tout moment, avant, pendant ou après la procédure de règlement amiable.

CE, 10 octobre 2007, avis n° 306590.

La responsabilité personnelle du médecin salarié

La question de la responsabilité personnelle du médecin salarié a fait l'objet de nombreuses interrogations.

Pendant de nombreuses années, lorsque le médecin était salarié d'une clinique, la victime pouvait obtenir réparation du préju-

dice subi du fait d'un acte médical en agissant soit en responsabilité contractuelle contre la clinique, soit en responsabilité délictuelle contre le médecin, soit contre les deux dans le cadre d'une responsabilité *in solidum*.

Cette solution plaçait les salariés exerçant une profession médicale dans une situation défavorable, non seulement par rapport aux praticiens du service public hospitalier, mais aussi par rapport aux autres salariés qui bénéficient d'une immunité lorsqu'ils agissent sans excéder les limites de la mission qui leur a été impartie par leur commettant, et cela depuis le célèbre arrêt Costedouat rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 25 février 2000^{11 bis}.

La jurisprudence justifiait cette différence de traitement du fait de l'indépendance professionnelle dont bénéficiaient les membres du personnel médical dans l'exercice de leur fonction, qui en faisait plus que de simples préposés, de sorte que leur responsabilité professionnelle pouvait être recherchée en raison de faute personnelle.

Cependant, le 9 novembre 2004¹², la première chambre civile de la Cour de cassation décidait d'étendre l'immunité civile dont jouissent les préposés – depuis l'arrêt Costedouat précité – à une sage-femme salariée d'une clinique à laquelle on reprochait un défaut de surveillance.

Dans un arrêt du 20 janvier 2006, la cour d'appel de Paris admet à son tour que l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de sa profession ne justifie pas qu'il soit personnellement responsable à l'égard de ses patients des dommages qu'il cause suite à des manquements commis dans l'exercice de ses fonctions de médecin salarié, alors même qu'il n'a pas dépassé les limites de la mission qui lui a été confiée par la clinique.

La clinique est donc déclarée seule responsable des dommages causés par son préposé, et c'est à elle seule que la victime devra s'adresser.

CA Paris 1^{re} ch. B, 20 janvier 2006.

Une solution depuis longtemps applicable aux médecins de service public hospitalier et réaffirmée une nouvelle fois le 14 mai 2008¹³ par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Hospitalisée à la suite d'un accident de la circulation au centre hospitalier de Royan, une victime dépose une plainte pour blessures involontaires devant le tribunal correctionnel de Saintes à l'encontre de deux médecins du centre hospitalier qui auraient tardé à l'opérer.

Par jugement du 20 juillet 2005, cette juridiction a relaxé l'un des deux médecins et condamné l'autre.

Le prévenu a alors interjeté appel afin de contester non seulement sa responsabilité pénale, mais également la compétence de la juridiction correctionnelle pour statuer sur l'action civile en faisant valoir que les fautes qui lui étaient reprochées – à les supposer démontrées – avaient été commises dans l'exercice de ses fonctions au centre hospitalier de Royan et engageaient donc uniquement la responsabilité du service public hospitalier.

La cour d'appel de Poitiers, le 11 mai 2007, confirme alors la culpabilité du prévenu mais énonce que les fautes dont le chirurgien agent du service public hospitalier a été reconnu coupable ne peuvent pas être considérées comme détachables de ses fonctions de médecin chirurgien au centre hospitalier de Royan. Elle constate donc son incompétence pour connaître des demandes de la partie civile.

Une solution confirmée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui relève que la cour d'appel a justifié sa décision en ayant déduit de ses constatations que la faute du prévenu

^{11 bis} Cass. plén., 25 février 2000, pourvoi n° 97-17378.

¹² Cass. civ. I, 9 novembre 2004, pourvoi n° 01-17908.

¹³ Cass. crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-84696.

ne révélait pas un manquement volontaire et inexcusable à ses obligations d'ordre professionnel et déontologique.

Seules les juridictions administratives sont donc compétentes pour connaître de l'action en indemnisation de la victime.

L'indemnisation des infections nosocomiales

Par deux arrêts en date du 4 avril 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation est venue préciser le régime juridique applicable à l'indemnisation des infections nosocomiales.

Sont dites nosocomiales les infections contractées à la suite de l'admission du patient dans un établissement de soins, pour hospitalisation ou soins ambulatoires.

Après avoir exigé la démonstration d'une faute prouvée, puis admis une responsabilité fondée sur une présomption de faute, la haute juridiction a, dans le dernier état de sa jurisprudence précédant la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, penché en faveur d'une obligation de sécurité de résultat.

Ainsi, par trois arrêts en date du 29 juin 1999, la première chambre civile de la Cour a imposé au médecin¹⁴ comme à l'établissement de santé¹⁵ une obligation de sécurité de résultat dont ils ne peuvent s'exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère, la preuve d'une absence de faute ne leur permettant plus de s'exonérer.

L'article L. 1142-1 du code de la santé publique issu de l'article 98 de la loi du 4 mars 2002 a maintenu une responsabilité de plein droit uniquement à l'égard des établissements de santé. La responsabilité du professionnel de santé, en revanche, est désormais soumise à la condition que le patient établisse l'existence d'une faute du professionnel.

Marquant une régression dans les droits des victimes, la question de l'application dans le temps de cette nouvelle disposition a alimenté de houleux débats nécessitant à nouveau l'intervention du législateur pour clarifier le dispositif.

Ce fut chose faite avec la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 qui énonce en son article 3 (modifiant l'article 101 de la loi du 4 mars 2002) que les dispositions issues de l'article 98 de la loi du 4 mars 2002 s'appliquent aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées à compter du 5 septembre 2001, même si ces accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales font l'objet d'une instance en cours, à moins qu'une décision de justice irrévocable n'ait été prononcée.

En application de cette disposition, l'article L. 1142-1 du code de la santé publique est applicable seulement aux infections nosocomiales consécutives à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées à compter du 5 septembre 2001, et non à toutes celles contractées au cours d'actes médicaux antérieurement à cette date faisant l'objet d'une procédure en cours, comme cela avait été avancé à l'époque.

Malgré tout, la première chambre civile de la Cour de cassation a dû rappeler ce principe dans un des deux arrêts du 4 avril 2006¹⁶.

Un patient avait contracté une infection nosocomiale au cours d'une opération réalisée le 1^{er} décembre 2000 et avait, par la suite, recherché la responsabilité de son chirurgien et de la clinique.

La cour d'appel de Nîmes, le 8 février 2005, l'avait débouté de son action contre le médecin aux motifs que la loi du 4 mars 2002 avait posé de nouveaux principes en matière d'infections nosocomiales, que la responsabilité du médecin ne pouvait être engagée qu'en cas de faute prouvée et que l'article L. 1142-1 du code de la santé publique était applicable dès lors que la procédure était en cours à la date de publication de cette loi.

La première chambre civile casse l'arrêt pour fausse application des articles L. 1142-1 du code de la santé publique et de l'article 101 de la loi du 4 mars 2002 modifié par l'article 3 de la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale.

Deux régimes cohabitent donc côte à côte, selon que l'acte médical en cause est antérieur ou non au 5 septembre 2001.

Démontrer le caractère nosocomial de l'infection

Pour pouvoir bénéficier de cette responsabilité de plein droit des établissements de soins édictée par l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ou mettre en cause la responsabilité du médecin, le patient doit préalablement démontrer le caractère nosocomial de l'infection, c'est-à-dire rattacher l'infection dont il se plaint à l'acte médical ou au séjour hospitalier.

La Cour de cassation a affirmé qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier si la personne rapporte la preuve d'avoir été victime d'une infection nosocomiale¹⁷.

Mais la preuve du caractère nosocomial suppose l'existence d'un consensus sur ce que recouvre le terme nosocomial, la loi du 4 mars 2002 ne l'ayant pas défini.

Les spécialistes opposent deux types d'infections nosocomiales :

– d'une part, les infections d'origine exogène : il peut s'agir d'infections transmises d'un malade à un autre, par les mains ou les instruments de travail du personnel médical, d'infections provoquées par les germes du personnel porteur ou liées à la contamination de l'environnement hospitalier (eau, air, matériel...);

– d'autre part, les infections d'origine endogène : le malade s'infecte avec ses propres germes présents sur la peau à la faveur d'un acte invasif réalisé pendant l'hospitalisation.

Des discussions se sont donc développées autour de la question de savoir si seules les infections exogènes constitueraient des infections nosocomiales engageant la responsabilité des établissements de santé et des professionnels, les infections endogènes constituant alors une cause étrangère autorisant leur exonération.

La Cour de cassation répond par la négative dans le deuxième arrêt rendu le 4 avril 2006¹⁸ et affirme que la responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale n'est pas limitée aux infections d'origine exogène, et que seule la cause étrangère les exonérerait de leur responsabilité.

Les différentes définitions des infections nosocomiales ne font en effet aucune distinction quant à l'origine du germe et paraissent inclure les infections exogènes et endogènes, le législateur n'ayant rien prévu sur ce point.

De plus, comme l'avait relevé la cour d'appel de Montpellier dans son arrêt du 15 juin 2004, la migration du germe responsable de l'infection n'a été rendue possible que par la réalisation de

¹⁴ Cass. civ. I, 29 juin 1999, pourvois n° 97-21903 et n° 97-15818.

¹⁵ Cass. civ. I, 29 juin 1999, pourvoi n° 97-14254.

¹⁶ Cass. civ. I, 4 avril 2006, pourvoi n° 05-14094.

¹⁷ Cass. civ. I, 21 juin 2005, *Bull.* n° 27617.

¹⁸ Cass. civ. I, 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17491.

l'acte invasif en cause, et la présence de ce germe sur un patient constituait un risque connu et prévisible ne présentant pas les caractères d'une cause étrangère.

L'indemnisation du préjudice d'un enfant né handicapé : conditions d'application de la loi dans le temps

Important arrêt que celui rendu le 30 octobre 2007 par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui s'inscrit dans la suite de l'arrêt dit Perruche¹⁹ qui avait jugé que l'enfant né handicapé pouvait demander réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier était en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.

En réaction à cet arrêt, l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 (devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles à la suite de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005) prend le contrepied de la jurisprudence judiciaire selon laquelle l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic anténatal doit être indemnisé de son propre préjudice. Désormais, la réparation due à ce titre est limitée au seul préjudice des parents résultant du défaut d'information, à l'exclusion des charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, du handicap. La réparation du préjudice personnel de l'enfant n'est cependant pas oubliée : les charges particulières découlant du handicap relèvent désormais de la solidarité nationale. Ce texte a été déclaré immédiatement applicable aux instances en cours.

Malgré les vives critiques faisant état de la réduction des droits des victimes, les nouvelles dispositions ont été appliquées strictement par les juridictions du fond. De ce fait, les parents privés d'indemnisation ont été amenés à saisir la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui, par deux arrêts en date du 6 octobre 2005, a condamné la France. La CEDH a considéré que l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 violait l'article 1^{er} de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, car il privait les requérants de la possibilité d'être indemnisés pour les charges particulières découlant de leurs enfants alors que le recours était pendant lors de l'adoption de cette loi.

En conséquence, l'application immédiate de la loi aux instances en cours est jugée contraire à la CEDH.

Les juridictions françaises ont alors suivi en refusant d'appliquer l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 aux instances en cours²⁰.

Mais certains auteurs ont fait valoir à l'époque que la jurisprudence de la CEDH visait également tous les enfants nés avant cette date, et pas uniquement ceux ayant déposé une réclamation avant la promulgation de la loi.

C'est la question à laquelle répond la première chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt du 30 octobre 2007.

En l'espèce, M^{me} X. a donné naissance le 5 décembre 1999 à un enfant atteint de trisomie 21. Le 13 octobre 2002, elle a assigné, en son nom personnel et celui de son fils mineur en tant qu'administratrice légale de celui-ci, son médecin généraliste, estimant ne pas avoir bénéficié des examens médicaux qui auraient permis de déceler le mal en cours de grossesse.

La cour d'appel de Douai l'a déboutée de ses demandes de réparation du préjudice subi par son fils mineur de son propre préjudice matériel, l'indemnisant de son seul préjudice moral en application de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002.

L'arrêt est cassé par la première chambre civile de la Cour de cassation aux motifs que c'est la date de naissance de l'enfant, «révélation du dommage», qui doit être prise en considération et non celle de l'introduction de l'instance.

Cass. civ. I, 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-17 325.

Johanna Ferrer

¹⁹ Cass. plén., 17 novembre 2000.

²⁰ Cass. civ. I, 24 janvier 2006, pourvois n°s 02-12260, 02-13775 et 01-16684.