

Le fait générateur de la responsabilité à l'épreuve de la nature de l'activité de santé

2. La responsabilité à l'épreuve des dommages survenus à l'occasion de l'activité de santé

Comme n'importe quels professionnels, les acteurs de santé engagent leur responsabilité civile et parfois pénale. La Cour de cassation connaît des litiges relatifs à cette dernière ainsi qu'à la réparation des dommages survenus aux malades pris en charge par des praticiens du secteur libéral et les établissements de santé privés. Le système élaboré par la jurisprudence, puis par le législateur, a pour objectif d'arriver à un équilibre entre l'intérêt des professionnels dont l'activité est de plus en plus technique et sophistiquée et celui des personnes victimes d'accidents médicaux souvent sévères dont l'indemnisation s'impose. Il s'agit d'adapter, d'une part, les dispositions permettant l'établissement de la responsabilité à l'activité de santé (2.1.) et, d'autre part, les mécanismes d'indemnisation à la spécificité des dommages (2.2.).

2.1. L'établissement de la responsabilité

Toute responsabilité suppose un fait générateur en lien avec le dommage. Dans le domaine de la santé, ces deux éléments doivent être appréciés en tenant compte de l'extrême complexité de l'organisme humain et de sa fragilité, toute intervention en vue d'améliorer la santé de l'être humain étant entachée d'une part d'aléa. C'est pourquoi l'établissement du fait générateur de la responsabilité d'un acteur de santé requiert beaucoup de précautions tandis que la causalité, quant à elle, est moins certaine qu'ailleurs, puisque la santé n'est que le résultat d'un équilibre précaire, aussi la faute médicale (2.1.1.), fût-elle établie, n'est-elle pas nécessairement à l'origine du dommage (2.1.2.).

2.1.1. Le fait générateur de la responsabilité à l'épreuve de la nature de l'activité de santé

Pour les médecins ainsi que pour tous ceux, des professions médicales ou paramédicales, dont l'activité s'exerce directement sur les patients, l'équité voudrait qu'ils ne puissent engager leur responsabilité que pour faute. En effet, outre le fait que le résultat de la prestation médicale est soumis à une part irréductible d'aléa, la responsabilité sans faute est historiquement destinée à tous ceux qui génèrent des risques pour autrui afin d'en retirer un profit (les industriels) ou un simple intérêt (les automobilistes). La situation des professionnels de santé un peu différente car il y a, dans l'activité de santé, un aspect altruiste qui, à lui seul, justifie le principe de la responsabilité pour faute (2.1.1.1.). C'est pourquoi la responsabilité sans faute demeure cantonnée à des hypothèses particulières ou qui font une large part à la réparation collective (2.1.1.2.). En outre, la médecine est traditionnellement une profession libérale reposant sur l'indépendance du professionnel, qui n'obéit qu'à sa conscience. Cette particularité est aussi de nature à infléchir les règles de droit commun de la responsabilité civile, en particulier celles de la responsabilité du fait d'autrui (2.1.1.3.). Enfin, le but thérapeutique ou préventif de l'intervention médicale est en lui-même une justification à l'atteinte portée à l'intégrité physique d'autrui, de sorte que la responsabilité pénale ne saurait être admise qu'exceptionnellement (2.1.1.4.).

2.1.1.1. La responsabilité pour faute des professionnels de santé

L'article L. 1142-1 du code de la santé publique pose le principe que la responsabilité des professionnels de santé, comme des établissements de soins, est subordonnée à la preuve d'une faute généralement à charge du patient (2.1.1.1.1.).

Cependant, il existe des hypothèses dérogatoires, soit parce que le fardeau de la preuve incombe au

praticien, soit parce que pour venir en aide au patient le juge a recours au jeu de présomptions simples du fait de l'homme (2.1.1.1.2.).

2.1.1.1.1. Le principe d'une faute dont la preuve incombe au patient

La consécration par la loi du 4 mars 2002, du principe d'une responsabilité pour faute n'est que la contrepartie du droit accordé aux victimes d'accidents médicaux non fautifs de bénéficier d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale. La jurisprudence rappelle, elle aussi, le principe : « *la responsabilité du médecin est subordonnée à la preuve d'une faute commise dans l'accomplissement de l'acte médical* » (**1re Civ., 4 janvier 2005, Bull. 2005, I, n° 5, p. 4, pourvoi n° 03-13.579**).

La simple erreur ne saurait suffire à engager la responsabilité du praticien. En revanche toute faute, et donc la faute simple, y suffit. La faute est appréciée *in abstracto* par référence au comportement qu'aurait eu un professionnel normalement avisé, diligent et compétent, placé dans les mêmes circonstances. Il convient toutefois de souligner que dans le cas d'un enfant né handicapé, l'article 114-5 du code de l'action sociale et des familles intégrant l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 exige une *faute caractérisée*. Faut-il y voir l'exigence d'un degré de gravité particulier ? Ou s'agit-il d'une exigence plus particulière au niveau de la preuve ou de la motivation ? On peut penser que cette formule renvoie à l'idée d'une faute prouvée et n'apporte rien de plus au régime existant, puisque la faute sera caractérisée du seul fait que le comportement critiqué n'aura pas été conforme à celui attendu d'un médecin normalement avisé, diligent et compétent, placé dans les mêmes circonstances.

La faute peut consister en une faute d'humanisme (2.1.1.1.1.1.) ou dans une faute technique (2.1.1.1.1.2.), elle pourra résulter aussi d'un acte illicite, commis par exemple hors de toute « nécessité médicale ». Cette troisième hypothèse, que nous citons ici pour mémoire, est souvent absorbée par la faute d'humanisme, car c'est le plus souvent sur le terrain du défaut d'information et de consentement du patient que l'acte illicite se trouve appréhendé.

2.1.1.1.1.1. La faute d'humanisme

La faute d'humanisme, qui trouve sa traduction fréquente dans le non respect du droit qu'a le patient à consentir de manière éclairée à l'acte médical, a pu être invoquée à l'encontre du praticien qui a procédé à une ligature des trompes de la patiente sans avoir obtenu son consentement préalable (**1re Civ., 11 octobre 1988, Bull. 1988, I, n° 280, p. 192, pourvoi n° 86-12.832**), ou pour avoir modifié une stratégie sans raisons valables ni consentement de l'intéressée, dans le cadre d'une opération de chirurgie esthétique en prélevant un lambeau cutané sur un endroit du corps qui n'avait pas été celui convenu avec la patiente (**1re Civ., 14 janvier 1992, Bull. 1992, I, n° 16, pourvoi n° 90-10.870**). En revanche, il n'y a pas de lien causal entre le manquement du médecin à son obligation d'information et le dommage lorsque celui-ci a changé de stratégie au dernier moment, sans consulter la patiente, compte tenu de l'état de celle-ci qui ne pouvait être accouchée que par les voies naturelles, alors qu'il avait été initialement opté pour une césarienne (**1re Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 03-19.365**).

L'information n'est due qu'au patient lui-même et non à son entourage, sauf s'il n'est pas à même de consentir lui-même à l'opération envisagée : **1re Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301 (en cours de publication)**.

En outre, la première difficulté rencontrée tient à la preuve : depuis que la charge de la preuve incombe au médecin (**1re Civ., 25 février 1997, Bull. 1997, I, n° 75, p. 49, pourvoi n° 94-19.685**), si celui-ci ne peut invoquer le fait que d'autres ont du donner l'information à sa place (**1re Civ., 31**

mai 2007, pourvoi n° 06-18.262), la jurisprudence précise que la preuve de ce fait juridique peut être rapportée par tous moyens, y compris par présomptions (**1^{re} Civ., 14 octobre 1997, Bull. 1997, I, n° 278, p. 188, pourvoi n° 95-19.609 ; 1^{re} Civ., 4 janvier 2005, Bull. 2005, I, n° 6, p. 4, pourvoi n° 02-11.339**).

L'autre difficulté tient dans l'appréciation du préjudice réparable. En effet, le manquement à l'obligation d'information, en l'état le plus récent de la jurisprudence, ne donne lieu à sanction que s'il en résulte un préjudice, qui se limite à la perte de chance d'éviter le risque qui s'est réalisé, c'est-à-dire à condition que le juge du fond estime que les informations données auraient été de nature à dissuader le patient de subir l'intervention litigieuse : **1^{re} Civ., 20 juin 2000, Bull. 2000, I, n° 193, p. 125 (rejet), pourvoi n° 98-23.046 ; 1^{re} Civ., 7 décembre 2004, Bull. 2004, I, n° 302, p. 253, pourvoi n° 02-10.957 (cassation) ; dans le même sens que : 1^{re} Civ., 7 février 1990, Bull. 1990, I, n° 39, p. 30, pourvoi n° 88-14.797 (rejet) ; 1^{re} Civ., 29 juin 1999, Bull. 1999, I, n° 220 (2), p. 141, pourvoi n° 97-14.254 (cassation partielle) ; voir aussi : CE, Assemblée, 19 mai 2004, n° 216039, publié au *Recueil Lebon*. Et la juridiction qui écarte la perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé, parce que de toute façon l'opération était indispensable et que l'intéressé correctement informé n'y aurait pas renoncé, ne peut réparer d'autres chefs de préjudice. Ainsi, elle ne saurait indemniser le préjudice résultant des souffrances morales endurées par un patient non informé des risques encourus et qui se trouve atteint d'une hémiplégie à la suite de l'opération: se trouve cassé l'arrêt qui retenait que l'absence d'information n'avait pas permis de le préparer psychologiquement au risque qui s'est réalisé : **1^{re} Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301 (en cours de publication)**. Cette solution revient sur une jurisprudence ancienne: **1^{re} Civ., 14 février 1973, Bull. 1973, I, n° 55** (v. aussi infra 2.1.2.2. et 2.2.1.2.1.1.).**

Cette jurisprudence souligne la difficulté à concilier le principe d'une indemnisation pour faute avec l'émergence - que l'on pourrait déduire de l'article 16-3 du code civil et des dispositions nombreuses de la loi du 4 mars 2002 concernant l'obligation d'information - d'un droit personnel à être informé et associé pleinement aux décisions portant atteinte à l'inviolabilité de son propre corps. La véritable sanction de l'obligation d'information pourrait alors être appréciée indépendamment de la notion de perte de chance. Cette orientation soutenue par une partie de la doctrine⁽¹⁾, semble pour l'heure bien éloignée des solutions jurisprudentielles, qui réaffirment avec vigueur que le manquement à l'obligation d'information ne peut déboucher que sur une éventuelle indemnisation de la perte de chance - à savoir un préjudice apprécié par rapport aux effets indésirables et non envisagés par le patient par suite du défaut d'information - et non sur l'indemnisation d'un préjudice moral apprécié par rapport à un droit personnel à être informé et à consentir à l'atteinte corporelle à l'origine de séquelles.

2.1.1.1.2. La faute technique

La faute technique, permet d'appréhender les situations où le professionnel ne respecte pas les règles de l'art, et les différentes normes ou recommandations. Elle est exclue en cas d'aléa thérapeutique défini comme « *la réalisation, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé* » (**1^{re} Civ., 8 novembre 2000, Bull. 2000, I, n° 287, p. 186, pourvoi n° 99-11.735 ; 1^{re} Civ., 27 mars 2001, Bull. 2001, I, n° 86, p. 56, pourvoi n° 99-13.471**). Cette faute peut intervenir à trois stades : celui du diagnostic, celui du choix du traitement, et celui de sa mise en œuvre (c'est la faute technique au sens strict qui va jusqu'à inclure la surveillance du patient au stade post-opératoire). On peut lui assimiler la responsabilité qui découle, dans le cas d'un établissement de soins, d'un défaut fautif dans l'organisation du service.

2.1.1.1.2.1. L'erreur de diagnostic

C'est au stade du diagnostic que la distinction entre erreur et erreur fautive prend tout son sens. L'erreur n'est fautive que lorsque le professionnel ne respecte pas les données acquises de la science à la date des soins (**1re Civ., 6 juin 2000, Bull. 2000, I, n° 176, p. 114, pourvoi n° 98-19.295, où il a été jugé que le médecin, en privilégiant une technique par rapport à une autre n'engage pas sa responsabilité dans la mesure où les données acquises de la science à la date des soins ne permettaient de la privilégier ou au contraire de la déconseiller par rapport aux autres quant aux résultats espérés**) ou fait une interprétation erronée des symptômes observés au regard des données acquises de la science (**1re Civ., 8 juillet 1980, Bull. 1980, I, n° 210**) ou lorsqu'il tarde à poser son diagnostic ou à prescrire des examens complémentaires (**1re Civ., 26 mars 1996, Bull. 1996, I, n° 156, p. 109 (cassation partielle), pourvois n° 94-14.158 et 94-11.791 ; 1re Civ., 23 juin 1998, Bull. 1998, I, n° 225, p. 155, pourvoi n° 96-22.728**). Dans cette espèce, la négligence commise par le pédiatre qui, chargé de l'examen obligatoire d'un nouveau-né, s'était abstenu de vérifier le résultat d'un test de Guthrie, qui, bien que positif, n'a pas été porté sur le carnet de santé, signé en blanc par ce praticien, présentait un lien de causalité direct avec le retard apporté au diagnostic, chez l'enfant, de la maladie dont le test permettait le dépistage.

Cette faute pourra déboucher sur des sanctions pénales pour homicide involontaire, par exemple lorsque le praticien ne se sera pas mis en situation de pouvoir répondre à des appels d'urgence : tel le cas du médecin de garde qui ne prend pas les dispositions nécessaires pour être joint, exposant ainsi les patients à un risque d'une particulière gravité (**Crim., 13 février 2007, Bull. crim. 2007, n° 43, p. 257, pourvoi n° 06-81.089**).

2.1.1.1.2.2. L'erreur dans le choix du traitement

Elle devient fautive si elle conduit à exposer le patient à des risques sans justification thérapeutique, ou à réaliser un acte pour lequel le praticien ne dispose pas de qualification spéciale (**1re Civ., 12 juillet 1976, Bull. 1976, I, n° 258** : cas du gynécologue qui aurait pratiqué une hystérectomie sans avoir la qualification spéciale requise).

2.1.1.1.2.3. La faute dans la mise en œuvre du traitement

Les exemples jurisprudentiels sont multiples de cas de mauvaise maîtrise de l'acte (trachée déchirée lors d'une intubation: **1re Civ., 9 avril 2002, Bull. 2002, I, n° 114, p. 87, pourvoi n° 00-21.014**)⁽²⁾, ou d'imprécision du geste chirurgical, la lésion qui n'était pas inévitable résultant dans ce cas d'une maladresse (cas d'une perforation du colon lors d'une coloscopie: **1re Civ., 21 février 2006, pourvoi n° 04-20.685**).

Il peut aussi s'agir d'un manquement fautif dans le suivi des soins (**1re Civ., 12 juillet 1976, Bull. 1976, I, n° 258**) ou d'un défaut de surveillance du patient au stade post-opératoire - ces faits étant, aussi, susceptibles de donner lieu à des poursuites pénales pour homicide involontaire (**Crim., 13 février 2007, Bull. crim. 2007, n° 44, p. 261, pourvoi n° 06-82.202**, voir *infra* 2.1.1.4.2.2.2.).

Enfin, l'établissement de soin pourra voir rechercher sa responsabilité si le dommage de la patiente est du à un défaut dans l'organisation du service de la clinique privée dont les médecins (qui n'étaient pas sur place) sont intervenus tardivement pour répondre à une difficulté survenue lors d'un accouchement (**1re Civ., 15 décembre 1999, Bull. 1999, I, n° 351, p. 225, pourvoi n° 97-22.652**).

En toute hypothèse, l'absence de faute prouvée conduira à considérer comme non réparable le dommage résultant d'un aléa thérapeutique : que celui-ci soit le fait de l'état général du patient affaibli qui subit un choc septique (**1re Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-12.641**), ou la conséquence de circonstances indépendantes du fait du praticien ou de l'établissement, notamment

lorsque le dommage résulte d'une réaction allergique (jusqu'alors inconnue) de la patiente à un produit d'anesthésie (**1^{re} Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.572**).

On notera cependant, un regain de la responsabilité pour faute avec le nouveau régime applicable aux médecins en ce qui concerne les infections nosocomiales. Si avec la loi du 4 mars 2002 l'établissement de soins voit toujours sa responsabilité engagée sans faute, c'est de nouveau sur la base d'une faute prouvée que le médecin verra sa responsabilité recherchée (voir *infra* 2.1.1.2.1.2.2.).

Enfin, si dans les rapports entre le médecin libéral et son client ce dernier peut rechercher la responsabilité contractuelle du praticien, lorsqu'il s'agit du médecin salarié d'une clinique, ce dernier n'engagera sa responsabilité à l'égard du patient que s'il a excédé les limites de sa mission (**1^{re} Civ., 12 juillet 2007, pourvois n° 06-12.624 et 06-13.790**, voir *infra* 2.1.1.3.2.2.3.).

La question du régime applicable à la responsabilité du praticien comme de l'établissement de soins déterminant le régime et la charge de la preuve, c'est par un souci de faveur envers les patients que la jurisprudence a introduit des obligations de sécurité de résultat ou admis parfois la preuve par présomption.

2.1.1.1.2. Les atténuations apportées au principe

Il existe des hypothèses dérogatoires, soit parce que le fardeau de la preuve incombe au praticien (2.1.1.1.2.1.), soit parce que, pour venir en aide au patient, le juge a recours à des présomptions simples (2.1.1.1.2.2.).

2.1.1.1.2.1. La preuve à la charge du praticien

Comme cela a été souligné plus haut, c'est au praticien qu'incombe la preuve de l'information donnée, et donc du consentement. L'appréciation du respect de ces obligations se déduira des circonstances de fait. Ce manquement fautif ne donnant pas lieu à sanction en tant que tel, lorsqu'il est établi, la question est de savoir si informé le patient aurait ou non consenti à l'acte litigieux, et s'il en résulte une perte de chance, laquelle peut seule ouvrir droit à réparation. En toute hypothèse, le juge du fond apprécie souverainement, en fonction des circonstances et des risques encourus, si l'acte litigieux était indispensable, peu important alors que le consentement n'ait pas été donné (**1^{re} Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 03-19.365**).

2.1.1.1.2.2. Le jeu des présomptions en faveur du patient

Certains actes médicaux dommageables, portent en eux-mêmes la trace d'une faute qui se déduit des circonstances. Ainsi, la jurisprudence retient habituellement qu'un chirurgien-dentiste, tenu d'une obligation de précision dans son geste de chirurgie dentaire, commet une faute dans l'exécution du contrat, lorsque, à l'occasion de l'extraction de dents, il provoque chez le patient des atteintes labiales et neurologiques qui n'étaient pas impliquées par la réalisation des extractions (**1^{re} Civ., 9 octobre 2001, Bull. 2001, I, n° 248, p. 157, pourvoi n° 99-20.826**).

Encore faut-il pour cela, que la réalisation de l'intervention n'implique pas l'atteinte à la personne du patient qui s'est produite au cours de celle-ci. Ce préalable étant acquis, la faute du praticien ne peut être écartée, à moins qu'il existe une anomalie chez le patient qui rendait l'atteinte inévitable. Ainsi, sera présumée la faute du praticien qui, à l'occasion d'une ligamentoplastie d'un genou, sectionne l'artère poplitée moyenne de la patiente, alors qu'il n'était pas établi que cette artère présentait une anomalie rendant l'atteinte inévitable (**1^{re} Civ., 23 mai 2000, Bull. 2000, I, n° 153, p. 100, pourvoi n° 98-19.869**), ou lorsque sera lésé le nerf sublingual lors de l'extraction d'une dent, le praticien ne

démontrant pas que le trajet du nerf présentait chez le patient une anomalie rendant son atteinte inévitable (**1re Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n° 06-20.568**). Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation approuve l'arrêt qui avait retenu que « *l'extraction de la dent n'impliquant pas les dommages subis par la patiente, il en résultait en faveur de celle-ci une présomption d'imputabilité du dommage à un manquement fautif du praticien* », et la Cour de cassation ajoute que, le praticien ne démontrant pas « *que le trajet du nerf lésé présentait une anomalie rendant son atteinte inévitable, la cour d'appel a pu déduire l'imputabilité du dommage à l'imprécision du geste médical* ».

Ces solutions seront peut-être remises en cause dès lors que la loi du 4 mars 2002 trouvera à s'appliquer, comme elle se trouve déjà remise en cause lorsque l'on se trouve confronté à un aléa thérapeutique : en ce sens, **1re Civ., 29 novembre 2005, Bull. 2005, I, n° 456, p. 383, pourvoi n° 03-16.308**. Voir aussi : **1re Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-12.049** selon lequel: « *la cour d'appel, se fondant sur le rapport d'expertise, a relevé que le dommage était très probablement dû au trajet anatomique de la branche externe du nerf sciatique qui était situé plus bas que la normale et que cette anomalie rare et indécélable rendait l'atteinte inévitable (...) elle n'a pu qu'en déduire que X...(le praticien) n'avait pas commis de faute* ».

2.1.1.2. Les responsabilités sans faute en matière de santé

Le régime de la responsabilité pour faute est écarté dans les deux cas prévus par l'article L. 1142-1, I, du code de la santé publique : à savoir, la responsabilité du fait des infections nosocomiales (2.1.1.2.1.) et du fait des produits de santé dont on peut rapprocher la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des choses que le médecin utilise du fait de son activité (2.1.1.2.2.).

2.1.1.2.1. La responsabilité du fait des infections nosocomiales

Il incombe à celui qui se dit victime d'une infection nosocomiale de le prouver. Dès lors, la première question sera de déterminer ce que l'on entend par infection « nosocomiale » (2.1.1.2.1.1.), avant d'envisager le régime applicable, qui à compter de la loi du 4 mars 2002 présente un double aspect (2.1.1.2.1.2.).

2.1.1.2.1.1. La preuve de l'infection nosocomiale

Il s'agit d'une maladie infectieuse (bactérienne, parasitaire, fongique, virale, prions), que la circulaire du 29 décembre 2000 définit par le mode de contamination : l'infection « *contractée dans un établissement de santé* ». On distingue, selon l'origine, les infections d'origine *exogène* (les germes sont extérieurs au patient) de celles d'origine *endogène* (soit que l'infection soit liée à la précarité de l'état du patient, soit que les germes soient transportés par le patient qui se trouve infecté par ses propres microbes à l'occasion d'un acte médical invasif). Mais, à la différence du Conseil d'Etat qui juge que seules les infections d'origine exogène peuvent recevoir la qualification d'infection nosocomiale (**CE, 27 novembre 2002, n° 211370**, publié au *Recueil Lebon*, a rejeté la requête de l'usager victime d'une telle infection au motif que « *l'intéressée n'est pas fondée à soutenir que l'infection révélerait, par elle-même, une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service* » ; **CE, 25 octobre 2006, n° 275700**, publié au *Recueil Lebon*), la Cour de cassation n'a jamais distingué selon l'origine de l'infection, et retient que seule la cause étrangère est exonératoire de responsabilité (**1re Civ., 4 avril 2006, Bull. 2006, I, n° 191, p. 167, pourvoi n° 04-17.491** ; **1re Civ., 14 juin 2007, Bull. 2007, I, n° 233, p. 201, pourvoi n° 06-10.812**).

Dès lors, s'« *il appartient au patient ou à ses ayants droit de démontrer le caractère nosocomial d'une infection* » (**1re Civ., 27 mars 2001, Bull. 2001, I, n° 87, p. 56, pourvoi n° 99-17.672** ; **1re**

Civ., 1^{er} mars 2005 Bull. 2005, I, n° 111, p. 96, pourvoi n° 03-16.789), il suffira pour cela à la victime de prouver que cette infection a été contractée dans le cadre de son hospitalisation. Le juge du fond en déduira le caractère nosocomial de l'infection, étant rappelé que cette appréciation relève de son pouvoir souverain (**1^{re} Civ., 21 juin 2005, Bull. 2005, I, n° 276, p. 230, pourvoi n° 04-12.066**).

La preuve du caractère nosocomial de l'infection peut s'avérer extrêmement difficile à rapporter, comme le montrent les constatations et déductions de l'arrêt d'appel dans la dernière affaire précitée. Aussi, certains auteurs ont suggéré que la présomption de responsabilité que nous verrons *infra* puisse s'accompagner d'une présomption portant sur l'origine nosocomiale de l'infection. Cette possibilité, toujours rejetée par la jurisprudence de la Cour de cassation, serait désormais d'autant plus difficile à mettre en œuvre que le régime de cette responsabilité s'est trouvé distingué, par la loi du 4 mars 2002, selon qu'il s'agit de la responsabilité du professionnel de santé ou de l'établissement.

:

2.1.1.2.1.2. Une dualité de régime

Le régime antérieur d'origine jurisprudentielle va devoir coexister, quelque temps encore, avec celui issu de la loi du 4 mars 2002, lequel est applicable aux infections nosocomiales résultant d'actes médicaux réalisés à compter du 5 septembre 2001⁽³⁾. Et le régime antérieur à la loi va devoir perdurer un certain temps du fait du délai de prescription de dix ans applicable à l'action en responsabilité civile lequel ne commence à courir qu'à compter de la date de consolidation de l'état de santé de la victime (article L. 1142-28 du code de la santé publique).

Ce régime est dual pour une seconde raison : en effet, au régime de responsabilité d'origine jurisprudentielle qui appliquait les mêmes règles aux professionnels de santé et aux établissements de soins, la loi du 4 mars 2002 a substitué un régime qui distingue les deux hypothèses. Désormais, les avancées jurisprudentielles sont entérinées par la loi en ce qui concerne les établissements de soins, tandis que les professionnels de santé se retrouvent assujettis à un régime de responsabilité pour faute.

2.1.1.2.1.2.1. Le régime antérieur à la loi du 4 mars 2002

Il convient de rappeler qu'initialement, ni la loi, ni la jurisprudence ne soumettaient les infections nosocomiales à un régime distinct du droit commun de la responsabilité médicale. Il en résultait que le médecin n'était tenu que d'une obligation de moyens et non de résultat (solution cohérente avec le principe qu'il est seulement tenu de donner à son patient des soins conformes aux « *données acquises de la science* » - article 32 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, codifié à l'article R. 4127-32 du code de la santé publique). Dès lors, à défaut de respecter les règles d'asepsie, le médecin commettait une faute de nature à engager sa responsabilité, étant toutefois observé qu'il n'était pas pour autant tenu, en matière d'asepsie, à une obligation de résultat. La Cour de cassation avait ainsi décidé que les juges du fond, qui ont retenu que l'infection présentée par le malade était « *indiscutablement secondaire à l'inoculation de l'hématome par les ponctions, car il s'agissait d'un traumatisme fermé sans aucune lésion cutanée (...)* ont pu en déduire, sans mettre à sa charge une obligation de résultat, que le docteur X... avait commis une négligence dans la stérilisation puis dans le maniement du mandrin » et qu'il était ainsi établi que ce médecin avait « *manqué à son obligation de moyens concernant le respect des méthodes d'asepsie modernes qu'il devait à son malade* » (« **1^{re} Civ., 28 février 1984, Bull. 1984, I, n° 77, p. 63**). De même, il avait été jugé que caractérise la faute commise par le médecin qui a procédé à une arthrographie d'un genou de l'un de ses patients, « *la cour d'appel qui a souverainement déduit des circonstances dans lesquelles est survenue l'infection que l'asepsie préalable n'avait pu être pratiquée de façon correcte* » (**1^{re} Civ., 29 novembre 1989, Bull. 1989, I,**

n° 366, p. 246, pourvoi n° 88-11.477). Enfin, s'agissant d'infirmières et non de médecins, a été approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour écarter la responsabilité d'infirmières à la suite d'injections intramusculaires ayant provoqué une gangrène gazeuse, retient qu'il est « *probable mais nullement certain qu'une faute d'asepsie est à l'origine de la gangrène, et que, aussi bien, il est possible* » en l'absence de toute faute à la charge des infirmières « *que le seul fait d'une injection médicamenteuse, même correctement pratiquée, ait favorisé le développement de germes anaérobies saprophytes préexistant dans l'organisme de la patiente* » (1^{re} Civ., 9 décembre 1986, Bull. 1986, I, n° 290, p. 276, pourvoi n° 84-15.753).

La responsabilité encourue par le médecin était donc une obligation de moyens, de sorte que sa responsabilité ne pouvait être engagée qu'en cas de faute prouvée.

C'est en considération de la difficulté à rapporter la preuve de la faute à l'origine de l'infection nosocomiale, que la jurisprudence a instauré, d'abord, une présomption de faute en faveur du patient (1^{re} Civ., 21 mai 1996, Bull. 1996, I, n° 219, p. 152, pourvoi n° 94-16.586 ; 16 juin 1998, Bull. 1998, I, n° 210, p. 144, pourvoi n° 97-18.481, 97-18.509 et 97-19.131), puis - avec la consécration d'une obligation de sécurité de résultat à charge tant des médecins que des établissements de santé - une présomption de responsabilité (1^{re} Civ., 29 juin 1999, Bull. 1999, I, n° 220 et 222, p. 141, pourvoi n° 97-14.254 - jurisprudence constante : 1^{re} Civ., 13 février 2001, Bull. 2001, I, n° 32, p. 20, pourvoi n° 98-19.433 ; 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-18.052).

Toutefois, dans ce régime, si le patient a été soigné par un médecin salarié, seul l'établissement de santé est responsable (1^{re} Civ., 4 juin 1991, Bull. 1991, I, n° 185, p. 122, pourvoi n° 89-10.446 JCP (G) 1991, II, 21730, note J. Savatier ; 1^{re} Civ., 26 mai 1999, Bull. 1999, I, n° 175, p. 115, pourvoi n° 97-15.608, JCP (G) 1999, II, 10112, rapport. P. Sargos) et la victime ne peut agir directement contre le médecin (1^{re} Civ., 9 nov. 2004, Bull. 2004, I, n° 262, p. 219, pourvoi n° 01-17.908, Juris-Data n° 2004-025553 et 2004-025554 ; *Resp. civ. et assur.* 2004, comm. 364). Et si le patient a été soigné par un médecin intervenant à titre libéral, le médecin contacte la même obligation de sécurité de résultat que l'établissement, laquelle est accessoire au contrat d'hospitalisation comme au contrat de soins (en ce sens : 1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-18.052). Dans ce cas, le patient peut choisir de réclamer réparation à l'un ou à l'autre, conformément au principe de l'obligation *in solidum*, ensuite celui des deux qui aura été condamné à réparer pourra exercer son recours subrogatoire contre l'autre.

C'est ce régime qui subsiste toujours pour les faits antérieurs au 5 septembre 2001 comme le rappelle un arrêt récent : 1^{re} Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-17.888 ; dans le même sens : 1^{re} Civ., 21 juin 2005, Bull., I, n° 276, p. 230, pourvoi n° 04-12.066.

2.1.1.2.1.2.2. Le nouveau régime

La loi du 4 mars 2002 a fait voler en éclat le régime uniforme qui s'appliquait tant aux établissements de soins qu'aux personnels de santé. En l'absence d'illustration jurisprudentielle, il convient seulement de rappeler, en ce qui concerne la *responsabilité des établissements de soins*, que si la loi du 4 mars 2002, a entériné l'évolution jurisprudentielle antérieure, ce dont témoigne le libellé de l'article L. 1142-I du code de la santé publique, ce n'est qu'en ce qui concerne les établissements de soin, services et organismes assujettis à une responsabilité sans faute. En ce qui concerne la *responsabilité des personnels de santé*, on assiste à un retour à la faute prouvée. Le régime de la responsabilité des professionnels de santé relève désormais, pour tous les actes accomplis à compter du 5 septembre 2001, d'un régime de responsabilité pour faute prouvée. Dès lors, après que l'établissement de soins ait été déclaré responsable, son recours subrogatoire contre le médecin ne sera possible que s'il prouve la faute de celui-ci.

En toute hypothèse, s'agissant des infections contractées en établissement après le 1^{er} janvier 2003,

date d'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, les établissements n'indemniseront que les victimes les moins graves puisque c'est l'ONIAM qui interviendra en cas de décès ou d'IPP supérieure à 25 % (article L. 1142-1-1 du code de la santé publique). Or il ne pourra exercer de recours contre l'établissement qu'« en cas de faute établie de l'assuré à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales » (article L. 1142-17 du code de la santé publique).

Même si la responsabilité des professionnels de santé se retrouve assujettie au régime de la faute prouvée, des exceptions demeurent : celles liées aux produits de santé et aux instruments utilisés pour accomplir les actes médicaux.

2.1.1.2.2. La responsabilité du fait des produits de santé et des instruments que le professionnel de santé utilise dans le cadre de son activité

2.1.1.2.2.1. Les produits de santé

La loi du 4 mars 2002 a réservé le cas de la responsabilité pour faute, lorsque l'action en responsabilité est intentée sur le fondement du défaut du produit de santé, qui demeure régi par la loi du 19 mai 1998(4). En effet, cette loi établit une responsabilité de plein droit et objective, totalement indépendante de la notion de faute.

2.1.1.2.2.1.1. Les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité

Il s'agit généralement d'une responsabilité sans faute. En effet - sauf le cas où le fabricant manque à son obligation de vigilance en maintenant ou en mettant sur le marché un produit tel que le « *Distilbène* » (1^{re} Civ., 7 Mars 2006, Bull. 2006, I, n° 142 et 143, p. 130, pourvoi n° 04-16.179) ce qui en l'état de doutes portant sur l'innocuité du produit, d'études expérimentales et d'observations cliniques contre-indiquant son utilisation, traduisait un comportement fautif - il incombe à la victime de prouver seulement *le défaut de sécurité* du produit, *le dommage*, son *imputabilité à l'administration du produit*, enfin, *le lien causal entre le défaut et le dommage*. Reste alors à déterminer ce qui caractérise la défectuosité du produit, et à apprécier le lien de causalité.

2.1.1.2.2.1.1.1. La défectuosité du produit

Elle ne se détermine pas par rapport à sa dangerosité, mais par rapport à la « *sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* » (article 1386-4 du code civil). Cette expression renvoie, donc, à une appréciation en fonction des circonstances de l'espèce : de la présentation du produit, comme de l'usage qui peut en être attendu, mais encore de la connaissance de sa dangerosité au moment où il a été mis sur le marché (article 1386-4, alinéa 2, du code civil).

Il s'en déduit qu'un produit, fût-il dangereux, ne présente pas nécessairement un défaut de sécurité. Le produit que tout un chacun sait dangereux pour la santé ne peut entraîner de responsabilité du fabricant sur le fondement des articles 1386-1 et suivants du code civil. Ce n'est donc pas au regard des effets indésirables portés à la connaissance de l'utilisateur du produit que s'apprécie sa défectuosité (1^{re} Civ., 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 33, p. 130, pourvoi n° 04-16.179), mais au regard de l'absence d'information donnée dans la notice sur ses effets indésirables, lorsque le laboratoire en avait connaissance lors de sa mise sur le marché.

Ceci n'est que l'application du principe posé dans un arrêt du 5 avril 2005 (affaire dite du « syndrome de Lyell ») : la Cour de cassation impose aux juges du fond de rechercher « *si, au regard des circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage que le public pouvait*

raisonnablement en attendre, du moment de sa mise en circulation et de la gravité des effets nocifs constatés, le produit était défectueux » (1re Civ., 5 avril 2005, Bull. 2005, I, n° 173, p. 146, pourvois n° 02-11.947 et 02-12.065 RTD. civ., juill.-sept. 2005, n° 3, p. 607-610, note P. Jourdain, JCP 2005, I, n° 149 note Viney, p. 1227.).

Enfin, cette notion d'« *attente légitime* », en ce qu'elle fait référence à l'individu moyen, ne permet pas de retenir la responsabilité du fabricant en cas de risque exceptionnel tenant par exemple à la complexion de l'utilisatrice d'un produit de beauté (1re Civ., 22 janvier 1991, Bull. 1991, I, n° 30, p. 18, pourvoi n° 89-11.699 ; RTD. civ. 1991, p. 539, obs. P. Jourdain) Cette solution est d'ailleurs cohérente avec celle retenue récemment en matière de responsabilité du fait des instruments sur le fondement de l'aléa thérapeutique (en l'espèce l'usage de gants en latex avait déclenché une réaction allergique au contact des muqueuses de la patiente : 1re Civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 05-20.974).

2.1.1.2.2.1.1.2. L'appréciation du lien de causalité

Elle constitue le second problème. Il convient en effet de s'assurer de l'existence d'un rapport entre le dommage et l'administration du produit (Voir sur ce point 2.1.2.1.), et d'autre part, entre le défaut et le dommage, comme cela résulte de l'arrêt précité du 5 avril 2005 qui, se fondant sur un rapport d'expertise, avait retenu que « *le lien entre l'absorption du médicament en cause et l'apparition du syndrome de Lyell était scientifiquement reconnu ; que M. X... avait développé ce syndrome dans un délai de 7 à 21 jours après l'administration du Colchimax, ce qui correspondait au délai habituellement constaté entre l'administration du produit et la survenance de l'effet toxique ; que la cessation du trouble coïncidait avec l'arrêt de la prise du médicament ; qu'il n'était établi l'existence, ni d'une erreur de prescription, ni d'une prédisposition du patient, ni d'une association avec d'autres médicaments » (1re Civ., 5 avril 2005, Bull. 2005, I, n° 173, p. 146, pourvois n° 02-11.947, et 02-12.065).*

C'est précisément parce que ce lien, entre la vaccination contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques, était contesté et non scientifiquement établi, que la Cour de cassation a cassé des arrêts qui avaient déduit des circonstances des « *présomptions graves précises et concordantes* » établissant un lien causal entre la vaccination contre l'hépatite B et le déclenchement de la sclérose en plaques. La Cour de cassation a considéré, en l'espèce, que la cour d'appel n'avait pas tiré « *les conséquences légales de ses constatations desquelles il résultait que le lien de causalité entre la vaccination et la maladie ne pouvait être établi* ». (1re Civ., 23 septembre 2003, Bull. 2003, I, n° 188, p. 146, pourvoi n° 01-13.063. Voir: RTD civ., janvier - mars 2004, n° 1, p. 101-103, note P. Jourdain ; La semaine juridique, Ed. générale, 7 janvier 2004, n° 1/2, p. 23-26, note G. Viney ; Le Dalloz, 1er avril 2004, n° 13, p. 898-902, note Y-M. Serinet et R. Mislawski).

Cette jurisprudence est aujourd'hui contestée. Les plaideurs dénoncent un traitement discriminatoire, né de la divergence des jurisprudences civile et administrative, depuis que le Conseil d'Etat a retenu dans un arrêt du 9 mars 2007, en faveur du patient, une présomption de causalité entre la vaccination et l'apparition de la sclérose en plaques (CE, 5e et 4e s.-sect. réun., 9 mars 2007, Note Laurent Neyret, Dalloz 2007, 2204-2208). Cette présomption, le fabricant du vaccin ne peut la combattre qu'en prouvant l'innocuité du produit. C'est donc à un alignement sur cette solution qu'invitent cinq pourvois formés devant la Cour de cassation (pourvois n° 06-10.967, 06-18.848, 05-10.593, 05-20.317 et 06-14.952), visant, notamment, à casser l'arrêt rendu le 2 juin 2006 par la cour d'appel de Paris qui, statuant en tant que cour de renvoi, s'était conformée à la doctrine des deux arrêts du 23 septembre 2003. Cet arrêt énonçait qu' : « (...) *il n'existe pas de consensus scientifique reconnaissant un lien de causalité certain entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques, ni même une association statistique significative de nature à imputer de manière hautement probable, ou même plausible, cette pathologie au vaccin ; qu'en raison de cette incertitude scientifique, à la différence des pathologies dont il a été reconnu scientifiquement*

qu'elles pouvaient résulter de l'administration d'un produit sanguin vicié ou d'un produit médicamenteux iatrogène, et alors que l'absence de preuve de l'innocuité du vaccin ne suffit pas pour en déduire sa nocivité, il n'est pas possible de retenir les seules données de l'histoire personnelle de la patiente, comme valant présomptions graves, précises et concordantes en faveur d'une imputabilité de la pathologie apparue au vaccin administré » (Paris, 2 juin 2006, RG n° 03/17991).

Une harmonisation des jurisprudences judiciaire et administrative sur la question de l'appréciation de l'imputabilité, rejoindrait celle de l'arrêt « *Isoméride* » (**1re Civ., 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 35, p. 34, pourvoi n° 02-16.648**) « dans le sens d'une conception extensive, à l'opposé de celle exprimée dans le commentaire de l'arrêt du 23 septembre 2003 (**1re Civ., 23 septembre 2003, Bull. 2003, I, n° 188, p. 146, pourvoi n° 01-13.063**) paru dans le rapport annuel de la Cour de cassation selon lequel « *la victime doit établir que le produit n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, le seul fait qu'il puisse être à l'origine d'un dommage étant insuffisant à caractériser le défaut. D'autres facteurs, tels qu'une prédisposition ou une hypersensibilité de la victime, peuvent en effet être intervenus dans la réalisation du dommage* » (Rapport annuel, 2003, p. 462).

Si la jurisprudence judiciaire devait se rallier à la position adoptée par le Conseil d'Etat, les fabricants éventuellement toujours se prévaloir des causes d'exonération propres à la responsabilité du fait des produits défectueux.

2.1.1.2.1.2. Les causes d'exonération de la responsabilité du fait des produits défectueux

Le fabricant ne sera pas responsable, ainsi que le prévoient les articles 1386-5 et 1386-11 du code civil, lorsqu'il prouvera qu'il n'a pas mis le produit en circulation, ou lorsqu'un tiers se sera emparé de son produit contre son gré, ou lorsqu'il établira que le produit n'était pas destiné à être mis dans le circuit de distribution.

Il pourra aussi s'exonérer de toute responsabilité en invoquant le *risque de développement*, c'est-à-dire en prouvant qu'en l'état des connaissances scientifiques, il ne pouvait déceler le défaut du produit au moment de sa mise en circulation (article 1386-11, 4°, du code civil). Cependant, cette cause d'exonération reste exclue (article 1386-12 du code civil) s'agissant du dommage causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci. C'est ce qui a conduit à rejeter le moyen tiré, par l'établissement de soins et l'Etablissement français du sang, de l'ignorance à l'époque des faits du risque de transmission du virus de l'hépatite C par voie transfusionnelle (**2° Civ., 21 avril 2005, Bull. 2005, II, n° 108, p. 94, pourvoi n° 03-20.683**). En outre, cette cause d'exonération fondée sur l'ignorance du défaut s'apprécie objectivement, en tenant compte du dernier état des connaissances scientifiques. Et si le producteur peut invoquer son ignorance, il demeure toujours tenu d'une obligation de vigilance : « *en 1968, en présence de littérature scientifique faisant état dès les années 1953-1954 de la survenance de cancers très divers et compte tenu d'expérimentations animales qui démontraient le risque carcinogène était connu [...] la société a manqué à son obligation de vigilance* » (**1re Civ., 7 mars 2006, Bull. 2006, I, n° 143, p. 131, pourvoi n° 04-16.180** ; R.C.A., mai 2006, n° 5, p. 14-15, note Ch. Radé ; RTD civ., 2006-3, p. 565-567, note P. Jourdain.).

Cette obligation de vigilance qui est sanctionnée, sauf en matière de responsabilité du fait d'éléments du corps humain ou de produits dérivés du corps humain, se retrouve dans la responsabilité du fait des instruments utilisés.

2.1.1.2.2.2. La responsabilité du fait des instruments utilisés

La jurisprudence a eu récemment l'occasion de rappeler que si le praticien est responsable du dommage causé par ses instruments, cette responsabilité qui renvoie à une obligation de sécurité n'a rien d'absolu. Sa responsabilité ne peut se voir engagée que lorsqu'il existe un vice affectant l'instrument, à l'origine du dommage.

Ainsi, il a été affirmé que le médecin est tenu d'une obligation de moyens lorsqu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient, et qu'il n'est tenu d'une obligation de sécurité de résultat qu'en ce qui concerne les matériels utilisés pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, sous réserve que le patient prouve qu'ils sont à l'origine de son dommage. Une cour d'appel ayant retenu qu'une blessure subie par un patient constituait une complication très rare provoquée par la mise en place d'une sonde, qui ne pouvait être évitée par un examen ou une manœuvre particulière et qu'aucun manque de précaution et aucune négligence ne pouvaient être reprochés au médecin, a pu en déduire *en l'absence de toute défectuosité de la sonde et de possibilité de prévenir la blessure* que la responsabilité du médecin n'était pas engagée (**1re Civ., 4 février 2003, Bull. 2003, I, n° 40, p. 32, pourvoi n° 00-15.572**).

Plus récemment, une autre affaire a permis de souligner le caractère déterminant de l'absence de vice affectant le matériel utilisé par le médecin gynécologue. En l'espèce, la réaction allergique de la patiente était imputée au contact de ses muqueuses avec la matière (le latex) qui avait servi à la fabrication des gants utilisés par le gynécologue. La question se posait de savoir si le médecin pouvait voir sa responsabilité engagée de plein droit, du seul fait de l'utilisation de tels gants, à une époque où de surcroît ce type de réaction allergique au latex était encore inconnu.

L'ignorance de cette source d'allergie à l'époque des faits, outre l'absence de vice des gants, a conduit à retenir l'existence d'un aléa thérapeutique, dès lors « *viole l'article 1147 du code civil la cour d'appel qui déclare un médecin responsable des conséquences de la réaction allergique provoquée chez sa patiente par le contact des gants en latex utilisés lors de l'intervention, après avoir constaté l'absence de fautes du praticien ou de vice des gants utilisés, ce dont il se déduisait que le préjudice allégué était la conséquence d'un risque accidentel, inhérent à l'acte médical, et qui ne pouvait être maîtrisé* » (sommaire de l'arrêt **1re Civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 05-20.974**).

Etant précisé que la responsabilité du médecin n'était pas recherchée sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux, ce qui aurait pu conduire à une solution différente, la solution de cet arrêt confirme qu'en l'absence de faute du praticien, l'usage d'un instrument dépourvu de défaut ne saurait suffire à engager de plein droit sa responsabilité, puisque aucun vice du matériel qu'il aurait pu détecter ne peut être reproché à son utilisateur (aucun manquement à son obligation de vigilance). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'arrêt renvoie à l'aléa thérapeutique dans cette affaire qui paraît bien montrer que derrière la responsabilité du fait des instrument utilisés c'est bien la faute dans le maniement ou un défaut de vigilance - tenant à la décision d'utiliser tel matériel plutôt qu'un autre, ou tenant au bon état de l'instrument utilisé - que la jurisprudence cherche à caractériser : en somme une faute technique. En ce sens, la jurisprudence sur ce point particulier souligne l'irrésistible attraction exercée par le principe, posé par l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, d'une responsabilité pour faute des professionnels de santé (voir *infra*, n° 2.1.2.).

2.1.1.3. La responsabilité du fait d'autrui à l'épreuve de l'indépendance médicale

Il y a un peu plus d'un demi-siècle, les auteurs du célèbre « *Traité de droit médical* » René et Jean Savatier, Jean-Marie Auby et Henri Péquignot (Librairies techniques 1956, n° 10), qui, malgré le temps, reste un ouvrage de référence majeur, mettaient déjà fortement l'accent sur le fait que la relation individuelle entre un patient et le médecin qu'il avait choisi faisait place de plus en plus à des soins donnés par une équipe médicale. La primauté initiale de l'exercice individuel de la

médecine est d'ailleurs plus que symboliquement illustrée par le fait que les trois plus importants arrêts de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale rendus avant la fin de la seconde guerre mondiale concernaient cet exercice individuel : - l'arrêt Thouret-Noroy (**Req., 18 juin 1835, DP 1835.I.300, concl. Dupin ; S. 1835.I.401**), qui a posé pour la première fois après l'entrée en vigueur du code civil le principe suivant lequel un médecin était responsable sur le fondement de articles 1382 et 1383 du code civil des fautes commises à l'occasion des soins donnés à un patient ; - l'arrêt Mercier (**Civ., 26 mai 1936, DP 1936.1.88, rapport Josserand, concl. Matter, note signée E.P.** - il s'agit du conseiller Eustache Pilon - ; **S.1937.1.321, note Breton ; Gaz. Pal. 1936.2.41 ; RTD.civ. 1936, p. 691, obs. Demogue ; GAJC, 11^o éd., n^o 161, p 116**), qui a substitué au fondement délictuel de la responsabilité des médecins un fondement contractuel et défini le contrat médical comme imposant au médecin de donner à son patient des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science ; - l'arrêt Teyssier (**Req., 8 janvier 1942, DC. 1942.63 ; Gaz. Pal. 1942-1, p. 177**) qui a reconnu *expressis verbis* les « *droits du malade* » et imposé « *le respect de la personne humaine* » en matière de soins donnés à un patient dont le consentement éclairé par l'information n'avait pas été recueilli avant une intervention chirurgicale.

L'équipe médicale a bien entendu vu son rôle s'accroître depuis 1956 avec le développement des moyens techniques d'investigations et de soins, qui impliquent le concours de plusieurs praticiens et d'autres professionnels de la santé aux soins donnés à un patient, soit de façon successive (actes médicaux, tels des examens, qui s'échelonnent dans le temps), soit de façon concomitante (intervention chirurgicale). Les textes récents se réfèrent d'ailleurs expressément à la notion d'équipe (par exemple l'article L. 1110-4 du code de la santé publique qui emploie la terminologie « *d'équipe de soins* » et répute confiées à l'ensemble de l'équipe les informations concernant le patient).

L'intervention d'une équipe médicale, pour bénéfique qu'elle soit en son principe, est toutefois de nature à soulever des difficultés lorsque le patient est victime d'un dommage consécutif à la faute de l'un de ses membres. Le risque est en effet, outre celui classique de la détermination du fait dommageable, celui d'une dilution des responsabilités rendant leur imputabilité difficile. En outre, l'exigence déontologique cardinale de l'indépendance professionnelle, dont le Tribunal des conflits a dit qu'elle était « *au nombre des principes généraux du droit* » (**T.C., 20 février 2002, Bull. 2002, T.C., n^o 2**) interfère fortement avec le fonctionnement de l'équipe médicale.

Ces difficultés ont d'ailleurs été étudiées par plusieurs auteurs (J. Ambialet, *La responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, LGDJ, 1965 ; F. Leymarie *Anesthésie et responsabilité civile des médecins en clientèle privée* JCP, 1974.1.2630, n^o 265 ; - M-F. Soubiran, *Quelques réflexions suscitées par l'exercice de la médecine au sein d'un groupe ou d'une équipe*, JCP, 1976, II, 2830 ; P. Sargos, *La responsabilité civile en matière d'exercice médical pluridisciplinaire* « Médecine et droit » mars/avril 1996 p 17). L'approche de ces difficultés par la Cour de cassation se caractérise dans sa jurisprudence par l'émergence et l'affinement du concept d'équipe médicale (I) et les particularités du rapport de préposition en matière médicale (II).

2.1.1.3.1. L'émergence et l'affinement du concept d'équipe médicale

2.1.1.3.1.1. Le concept d'équipe médicale agissant de façon concomitante

C'est l'arrêt Welti, rendu le 18 octobre 1960 par la première chambre civile de la Cour de cassation, (**1^{re} Civ., 18 octobre 1960, Bull. 1960, I, n^o 442 ; D.P. 1961.1.125 ; Gaz. Pal. 1960, 2^o sem., J., 289 ; JCP 1961, II, 11846, obs. R. Savatier ; S. 1961.I.141 ; RTD. Civ. 1961, p. 120, n^o 4, obs. A. Tunc**) qui a posé les bases de la responsabilité au sein d'une équipe médicale intervenant de façon concomitante sur un patient.

Un chirurgien, M. Welti, avait, pour les besoins d'une intervention chirurgicale, fait appel à un

anesthésiste qui avait provoqué une paralysie d'un nerf de la patiente, laquelle avait engagé une action en responsabilité contre le docteur Welti pris en sa qualité alléguée de commettant de l'anesthésiste.

Par arrêt du 14 février 1958 la Cour d'appel de Paris estimait d'abord qu'il n'y avait pas de contrat entre la patiente et l'anesthésiste dès lors que ce dernier n'avait jamais rencontré la première avant l'opération et qu'il avait été choisi par le seul chirurgien sans que ce choix ait été ratifié, même tacitement, par la malade. Elle en déduisait que l'anesthésiste n'était responsable que sur le terrain délictuel vis-à-vis de la patiente, mais considérait qu'il devait être considéré comme le proposé du chirurgien et que ce dernier engageait dès lors sa responsabilité en tant que commettant au motif que : « *L'indépendance professionnelle d'un médecin qu'affirme l'art 9 du C. déont.méd (il s'agit de celui du 27 juin 1947) ne fait pas obstacle à ce que ce médecin puisse, au regard d'une victime de sa faute, être le préposé, au sens de l'article 1384 du code civil, d'un autre médecin, qui est responsable de ses actes, pourvu que soient remplies les conditions de choix et de subordination qui créent entre toutes personnes un lien de préposition* ».

Cette analyse juridique devait être fortement critiquée par R. Savatier (JCP 1958.II.10533) Il soulignait d'abord que le médecin, « *investi de la confiance du patient* » s'était contractuellement engagé pour l'ensemble de l'opération à lui donner des soins répondant à la définition de l'arrêt Mercier et qu'il répondait dès lors, comme tout débiteur contractuel, du fait de celui auquel il recourt pour l'exécution de son obligation. Il précisait ensuite qu'« *il est inutile et inexact de recourir, comme le fait l'arrêt, à l'article 1384 § 5 du code civil, étranger à la responsabilité contractuelle. Le critère du préposé engageant la responsabilité du débiteur contractuel n'est pas le même que celui du préposé engageant extra-contractuellement un commettant, comme la doctrine unanime le montre. Même un exécutant de condition indépendante, que se substituerait un débiteur pour l'exécution de son obligation contractuelle, engagerait celui-ci, tandis qu'un indépendant n'est pas en général considéré comme préposé, au sens de l'art 1384, de la personne qui l'utilise* ».

La Cour de cassation a consacré, et cela jusque dans le choix des mots, la thèse de R. Savatier en énonçant que « *le chirurgien, investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération, est tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne, de faire bénéficier celle-ci pour l'ensemble de l'intervention, de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science ; il répond dès lors des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie, et qu'il se substitue, en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une part inséparable de son obligation* ». Cette prise de position de la Cour de cassation a d'autant plus de portée qu'il s'agit d'une substitution de motifs relevée d'office qui condamne la thèse erronée de la cour d'appel quant à l'application de l'article 1384 §5 du code civil et qui éclaire de façon nouvelle, en tout cas sans ambiguïté, ce que l'on appelle la responsabilité contractuelle du fait d'autrui dont il est l'arrêt fondateur, ainsi que le soulignent G. Viney et P. Jourdain dans leur *Traité de droit civil*, « *les conditions de la responsabilité* », 2^o éd., n^o 813 à 841, not. 819, ou encore Patrice Jourdain dans « *Les principes de la responsabilité civile* », Dalloz, 5^o ed.2000 p 129s. Certes, comme le précisent ces auteurs, le concept de responsabilité contractuelle du fait d'autrui – hors les cas où il existe un texte particulier l'imposant, tel par exemple l'article 1245 du code civil - n'est pas à proprement parler né avec l'arrêt Welti, mais c'est la première décision qui prend aussi fortement position sur l'autonomie de ce concept par rapport à la responsabilité délictuelle du commettant du fait de son préposé.

On peut donc dire, avec Jacques Flour et Jean-Luc Aubert (*Droit civil, les obligations, 3.Le rapport d'obligation*. 2^o éd. 2001, Armand Collin, n^o 205), que « *le manquement commis par le tiers auquel le débiteur a confié l'exécution devient le fait du débiteur lui-même qui s'approprie les agissements de ce tiers* ».

A défaut d'ailleurs, le contractant échapperait à sa responsabilité en confiant l'exécution à un tiers, ce qui, en matière médicale serait contraire au principe déontologique suivant lequel le médecin qui

a accepté de répondre à la demande d'un patient s'engage à lui assurer personnellement des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science (article R. 4127-32 du code de la santé publique).

2.1.1.3.1.2. Le devoir de surveillance réciproque des médecins au sein de l'équipe médicale

La doctrine de l'arrêt Welti a été reprise par des arrêts postérieurs (**1re Civ., 18 juillet 1983, Bull. 1983, n° 209, pourvoi n° 82-14.323** ; D. 1984. 149, note J. Penneau ; JCP 1984 II 20248 note F.Chabas), mais l'évolution de la qualification des médecins anesthésistes a conduit à une approche plus affinée avec l'arrêt Farçat, rendu le 30 mai 1986 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (**Ass. Plén., 30 mai 1986, Bull. 1986, Ass. plén., n° 8, p. 16, pourvoi n° 85-91.432** ; rapport annuel 1986, p 188 ; D. 1987.109, obs. Penneau ; Gaz. Pal. 1986, .p. 508, obs. X).

Alain Farçat avait subi une amygdalectomie faite par un chirurgien assisté d'un médecin anesthésiste. Immédiatement après l'intervention, le chirurgien et l'anesthésiste quittèrent la clinique, laissant Alain Farçat seul dans une chambre pendant quelques minutes. Une infirmière l'a ensuite trouvé inanimé. Après plus de deux mois de coma, il est mort des suites d'un arrêt cardio-respiratoire ayant entraîné des lésions cérébrales anoxiques irréversibles imputable à l'insuffisance de la surveillance anesthésique postopératoire.

Des poursuites pénales ont été engagées pour homicide involontaire, notamment contre le chirurgien et l'anesthésiste. La cour appel condamna l'anesthésiste, mais relaxa le chirurgien. Cet arrêt fut cassé du chef de la relaxe du chirurgien par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 10 mai 1984 (**Crim., 10 mai 1984, Bull. crim. 1984, n° 167, pourvoi n° 85-91.432** ; JCP 1984, II, 20303 ; D.1985.256, note J. Penneau ; Gaz. Pal. 1984. p 710, note F. Chabas). La cour d'appel de renvoi ne s'étant pas inclinée, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie et a rendu le 30 mai 1986 un arrêt de principe.

L'attendu de cassation énonce que « *si la surveillance postopératoire incombe au médecin anesthésiste pour ce qui concerne sa spécialité, le chirurgien n'en est pas moins tenu, à cet égard, d'une obligation générale de prudence et de diligence* » et en déduit que la cour d'appel devait donc rechercher si, en raison des conditions dont il avait quitté la clinique, le chirurgien n'aurait pas dû s'assurer que le malade restait sous la surveillance d'une personne qualifiée.

Ainsi que le souligne le commentaire de cet arrêt au rapport annuel 1986 de la Cour de cassation (p. 188) l'émergence par rapport à la période de l'arrêt Welti de l'anesthésiste en tant que spécialiste d'un niveau comparable à celui du chirurgien ne permet plus de le considérer comme un membre de l'équipe médicale relevant sans nuance de l'autorité de ce dernier, considéré comme le chef de l'équipe médicale, comme, par exemple, un interne ou un infirmier. L'anesthésie est maintenant strictement réglementée par le code de la santé publique (articles D. 6124-91 à D. 6124-103) et pour les interventions programmées, un contrat intervient nécessairement entre l'anesthésiste et le patient du fait de la consultation pré anesthésique obligatoire (article D. 6124).

Lorsque des médecins interviennent au sein d'une équipe médicale sur un pied d'égalité, il entre donc dans la responsabilité personnelle de chacun, en vertu du principe de l'indépendance professionnelle, de veiller à ce que leur confrère assume effectivement son rôle (article R. 4127-64 du code de la santé publique). Comme le relève Jean Penneau dans son commentaire de cet arrêt (D. 1985, p 256), pour tout ce qui concerne la technique proprement dite d'anesthésie réanimation, le chirurgien est normalement radicalement incompétent, il ne saurait prétendre contrôler les décisions de l'anesthésiste. Par contre, tout ce qui relève de l'organisation générale de l'acte d'anesthésie réanimation doit être contrôlé par le chirurgien en vertu de son obligation de surveillance générale de tout ce qui concourt à la réalisation de l'acte chirurgical. Or la surveillance postopératoire de l'opéré ayant subi une anesthésie relève de cette organisation générale et le chirurgien doit veiller à

ce qu'elle soit assurée. L'article D. 6124-97 du code de la santé publique, reprenant les acquis jurisprudentiels suivant lesquels la surveillance doit continuer jusqu'à la reprise complète des fonctions vitales (**1^{re} Civ., 11 décembre 1984, Bull. 1984, I, n° 333, pourvoi n° 83-14.759**, D.1985, I.R. 464, obs J. Penneau), précise ainsi qu'elle se poursuit jusqu'au retour et au maintien de l'autonomie respiratoire du patient, de son équilibre circulatoire et de sa récupération neurologique.

Il est important de préciser que ce devoir en quelque sorte de « surveillance réciproque » n'incombe pas qu'au seul chirurgien. Le rapport annuel de 1986 (p. 188) précise ainsi qu'aucun des deux médecins, c'est-à-dire le chirurgien et l'anesthésiste « *ne peut se désintéresser de la défaillance qu'il est à même d'apercevoir de la part de l'autre* ». Un arrêt du 27 mai 1998 (**1^{re} Civ., 27 mai 1998, Bull. 1998, I, n° 187, p. 126, pourvoi n° 96-19.161**) a rejeté le pourvoi formé contre le refus d'une cour d'appel de retenir la responsabilité de médecins anesthésistes du fait de fautes commises par le chirurgien lors d'une opération aux conséquences mortelles dès lors qu'il était établi que ces anesthésistes avaient respecté l'obligation générale de prudence et de diligence leur incombant quant au domaine de compétence du chirurgien. Toutefois, le chirurgien ne peut s'exonérer de toute responsabilité du seul fait que l'opéré est bien resté sous la surveillance de l'anesthésiste lorsque ce dernier n'a pas la possibilité de pratiquer le seul traitement salvateur, c'est-à-dire une nouvelle opération qui ne pouvait être réalisée que par le chirurgien (**1^{re} Civ., 10 février 1987, Bull. 1987, I, n° 47, p. 34, pourvoi n° 85-14.463**).

Il existe donc une complémentarité des responsabilités de chacun des médecins dans l'intérêt supérieur du patient : chaque médecin a un devoir particulier d'attention quant à l'effectivité des soins des autres médecins concourant à l'intervention.

2.1.1.3.1.3. Le concept d'équipe médicale, ou d'équipe de soins, agissant de façon consécutive

Prise au sens large, la notion d'équipe médicale peut aussi s'appliquer au cas où des médecins interviennent non pas de façon concomitante, mais de façon successive dans le temps, sur un même patient, mais peut-être serait-il préférable d'employer dans cette situation la terminologie « *équipe de soins* » de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique.

L'appréciation des responsabilités est aussi fondée sur l'indépendance professionnelle.

L'arrêt qui, sur ce point, a fixé la doctrine de la Cour de cassation est l'arrêt Savart du 29 mai 1984 (**1^{re} Civ., 29 mai 1984, Bull. 1984, I, n° 178, pourvoi n° 82-15.433** ; Rapport annuel 1984, p. 107 ; JCP 1984, II, concl. Gulphe ; D. 1985.281, note Françoise Bouvier). Un médecin avait prescrit à un jeune homme un examen invasif, à savoir une aortographie, (radiographie de l'aorte après injection dans celle-ci d'un produit de contraste opaque aux rayons X.), puis un médecin radiologue avait réalisé cette prescription, dont il était résulté pour le patient la réalisation d'un risque rare lié à l'emploi du produit de contraste, à savoir une paraplégie.

Les parents engagèrent une action judiciaire contre les deux médecins en leur reprochant notamment de ne pas avoir donné d'information sur les risques d'un tel examen, dont il a été établi qu'il n'était ni indispensable ni urgent. Tous deux furent condamnés par les juges du fond, mais le médecin radiologue forma un pourvoi en cassation en soutenant notamment qu'il s'était borné à exécuter la prescription d'un spécialiste de la chirurgie thoracique dont il ne pouvait supposer qu'il ignorait les risques de l'aortographie et n'en avait pas informé les parents de sorte que sa responsabilité ne pouvait être engagée. Son pourvoi a été rejeté au motif qu'il n'était pas tenu par les prescriptions de son confrère qu'il devait contrôler.

Le rapport annuel de la Cour de cassation de 1984 (p. 107) qui commente cet arrêt souligne sans ambiguïté que le médecin qui procède à un acte médical prescrit par un autre médecin dispose, de par sa qualité et ses fonctions, d'un droit de contrôler la prescription de son confrère, ce droit étant

la conséquence logique de l'indépendance de chaque médecin.

Certes la solution n'est pas totalement nouvelle. L'arrêt Bomont du 28 décembre 1960 (**1^{re} Civ., 28 décembre 1960, Bull. 1960, I, n° 575**) avait ainsi décidé qu'un médecin chef de service d'un hôpital manque à ses obligations d'attention et de vigilance en acceptant de prendre en charge un malade atteint d'une fracture du fémur en provenance du service de chirurgie, sans contrôler par un examen personnel du malade et du cliché radiographique l'exactitude de l'avis émis par le chirurgien suivant lequel la blessure était consolidée.

Mais l'apport essentiel de l'arrêt Savart est de s'appuyer désormais clairement sur les exigences de l'indépendance professionnelle. Le rattachement à cette norme déontologique majeure est encore plus net avec l'arrêt Jarricot du 24 janvier 1990 (**1^{re} Civ., 24 janvier 1990, Bull. 1990, I, n° 25, p. 17, pourvoi n° 87-18.008**) énonçant que commet une faute professionnelle le chirurgien dentiste qui, suivant les directives ou conseils d'un praticien étranger, place des prothèses fixées dans la bouche de sa patiente, sans juger par lui-même de la nécessité d'effectuer ces travaux, lesquels étaient formellement contre-indiqués pour le cas de ladite patiente, un tel comportement étant interdit par les règles déontologiques françaises.

Il existe donc, lorsque plusieurs médecins concourent à des soins donnés à un patient commun, ce que l'on peut appeler un devoir de contrôle réciproque de leurs prescriptions dérivant de leur indépendance professionnelle inaliénable.

2.1.1.3.2. Les particularités du rapport de préposition en matière médicale

Ces particularités concernent, d'une part, la situation des médecins assistés, à l'occasion de l'exécution d'un acte médical, de préposés (2.1.1.3.2.1.) d'un établissement de santé, d'autre part la situation des médecins salariés (2.1.1.3.2.2.).

2.1.1.3.2.1. Les préposés d'un établissement de santé assistant un médecin

L'équipe médicale, ou de soins, n'est évidemment pas constituée uniquement de médecins. Elle comporte aussi de nombreux auxiliaires médicaux régis par les dispositions du code de la santé publique (livre troisième en particulier) tels, par exemple, les infirmières et infirmiers, dont le degré de spécialisation et de formation est de plus en plus élevé.

Ces auxiliaires médicaux sont en général les préposés des établissements de santé dont ils engagent la responsabilité vis-à-vis de la victime lorsqu'ils commettent une faute. Mais la jurisprudence a procédé à une sorte de « *déplacement* » de responsabilité lorsque la faute de l'un de ces préposés a été commise à l'occasion d'un acte médical accompli sous l'autorité d'un médecin, par exemple lors d'une intervention chirurgicale.

L'arrêt Burgeat du 15 novembre 1955 (**1^{re} Civ., 15 novembre 1955, Bull. 1955, I, n° 393**) est particulièrement topique. Immédiatement avant une opération pour lésion abdominale, l'infirmière d'une clinique avait, sur l'ordre du chirurgien, fait au patient une piqûre qui avait provoqué la section du nerf radial. La cour d'appel avait retenu la responsabilité du chirurgien et, dans son pourvoi, celui-ci objectait que la faute –non contestée– avait été commise par une préposée de la clinique. La Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi, approuve la juridiction du second degré d'avoir décidé que l'infirmière au moment de la piqûre était soumise à l'autorité du chirurgien qui avait seul qualité pour lui donner des ordres et des instructions sur la manière de remplir ses fonctions, de sorte qu'en raison du lien de subordination existant entre eux, la responsabilité des faits de l'infirmière, qui incombait habituellement à la clinique, se trouvait alors « *déplacée* » et incombait au chirurgien.

De son côté la chambre criminelle a jugé le 9 mai 1956 (**Crim., 9 mai 1956, Bull. crim. 1956, n° 355**) que s'il est de pratique courante que les praticiens s'en remettent à leurs aides ou à leurs infirmiers pour certains actes matériels, ils ne peuvent le faire qu'à leurs risques et périls et qu'ils sont personnellement astreints à la surveillance des actes accomplis sous leur direction immédiate pendant l'intervention par le personnel placé sous leurs ordres.

Cette doctrine a été reprise de façon constante depuis. On citera ainsi un arrêt du 11 décembre 1984 (**1^{re} Civ., 11 décembre 1984, Bull. 1984, I, n° 333, pourvoi n° 83-14.759**) qui relève que le contrôle de l'anesthésiste réanimateur doit se poursuivre, après le réveil du malade, jusqu'à la reprise complète des fonctions vitales et notamment du transit intestinal et que pour les actes exécutés pendant cette phase dangereuse, l'infirmière de la clinique agit sous l'autorité de l'anesthésiste et aux risques et périls de celui-ci.

Un arrêt du 13 mars 2001 (**1^{re} Civ., 13 mars 2001, Bull. 2001, I, n° 72, p. 46, pourvoi n° 99-16.093** ; Rapport annuel.2001, p. 430 ; RTD. civ., p 599, note P. Jourdain ; Dr.et patr. 2001, p. 93, note F. Chabas) a systématisé cette jurisprudence en la reliant, là encore, à l'indépendance professionnelle.

Cette affaire concerne un médecin exerçant son activité libérale de gynécologue obstétricien dans une clinique qui mettait à la disposition des membres de son personnel le local et le matériel nécessaire aux examens gynécologique, et en particulier une table d'opération à éléments mobiles dont le maniement était assuré par un membre du personnel de la clinique.

Lors d'une intervention sur une patiente, une partie de la table, mal manipulée par la panseuse préposée de la clinique, a écrasé un pied du médecin, qui a engagé une action en réparation de son préjudice contre la clinique prise en sa qualité de civilement responsable. Condamnée par les juges du fond, la clinique a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 mars 1999 en soutenant qu'au moment de l'accident la panseuse agissait sous la seule autorité du médecin de sorte qu'elle ne pouvait en être civilement responsable.

La singularité de cette affaire est que le dommage a été subi par le médecin lui-même et non par sa patiente, mais il a permis à la Cour de cassation de donner un fondement déontologique (article R. 4127-5 du code de la santé publique) à la responsabilité du médecin du fait des personnes non médecins l'assistant lors d'un acte médical, c'est-à-dire l'indépendance professionnelle. L'arrêt énonce que effet qu'en vertu de l'indépendance professionnelle dont il bénéficie dans l'exercice de son art, un médecin répond des fautes commises au préjudice des patients par les personnes qui l'assistent lors d'un acte médical d'investigation ou de soins, alors même que ces personnes seraient les préposées de l'établissement de santé où il exerce. Cette personne ne devient pas la préposée du médecin, au sens de l'article 1384 du code civil, mais sa faute, comme l'indiquent Jacques Flour et Jean-Luc Aubert dans leur commentaire précité, devient celle du praticien.

Toutefois, s'agissant du dommage subi non par le patient mais par le médecin lui-même du fait d'une faute d'un préposé de l'établissement de santé, le droit commun de la responsabilité des commettant du fait de leur préposé s'applique et, ainsi que le précise cet arrêt, le praticien peut rechercher la responsabilité de la clinique pour les fautes commises à son préjudice par un préposé de cette dernière.

On signalera enfin une situation particulière tenant aux relations entre un médecin et un membre des professions médicales autre qu'un médecin, mais également tenu par le l'exigence déontologique d'indépendance professionnelle. Pour l'essentiel il s'agit des sages-femmes soumises à un code de déontologie qui les soumet à cette obligation (article R. 4127-307 du code de la santé publique).

Elles disposent d'une compétence propre qui exclut en principe qu'un médecin avec lequel elles concourent aux soins d'une patiente soit responsable de leur acte (sauf s'il a lui-même commis une

faute ou était à même de se rendre compte de celle commise par la sage femme et qu'il pouvait l'empêcher). Ainsi par un arrêt du 21 octobre 1998 (**Crim., 21 octobre 1998, Bull. crim. 1998, n° 270, p. 779, pourvoi n° 97-84.999**) la chambre criminelle a jugé qu'en vertu de dispositions du code de la santé publique, les sages-femmes ont, dans la pratique des soins postnataux, un pouvoir et une responsabilité autonome de surveillance et de prescription et que dès lors est dépourvu de base légale au regard de l'article 221-6 du code pénal l'arrêt qui, pour relaxer une sage-femme du chef d'homicide involontaire, se borne à énoncer qu'en l'état d'un accouchement gémellaire présentant une haute probabilité de risques, il appartenait au médecin accoucheur, condamné pour le même délit, de lui donner les directives nécessaires au sujet de la durée de perfusion à la patiente de produits ocytotiques et de procéder lui-même à l'examen clinique qui aurait permis de diagnostiquer l'hémorragie apparue après l'accouchement. De son côté la première chambre civile a jugé le 20 juin 2000 (**1^{re} Civ., 20 juin 2000, Bull. 2000, I, n° 192, p. 125, pourvoi n° 98-21.283, rapport annuel 2000, p. 391**) qu'un médecin accoucheur n'est pas tenu de suivre l'état d'une parturiente dès son entrée en clinique lorsque celle-ci est sous la surveillance d'une sage-femme, ce qui relève de la compétence professionnelle de cette dernière en application de l'article 28 du code de déontologie des sages-femmes du 30 septembre 1949 (ces dispositions correspondent aux actuels articles L. 4151-1 et R. 4127-318 du code de la santé publique) et qu'aucun élément ne permet de suspecter un accouchement dystocique.

2.1.1.3.2.2. Les médecins salariés

L'exercice salarié de la médecine - qu'il ne faut pas confondre avec la situation du médecin fonctionnaire, tels ceux des hôpitaux publics, soumis à un statut - soulève une problématique spécifique liée au choc de normes *a priori* opposés : d'une part, la subordination dans l'exécution du travail qui est inhérente au salariat, d'autre part, les principes de l'indépendance et du secret professionnels qui sont au cœur de la déontologie médicale. Le premier code de déontologie médicale du 27 juin 1947 (article 10, 3^o) mettait déjà l'accent sur la prohibition de tout mode de collaboration d'un médecin qui ne préserverait pas sa « *complète indépendance professionnelle* » ; l'article R. 4127-95 du code de la santé publique, issu du code de déontologie du 6 septembre 1995, impose au médecin salarié l'obligation de respecter ses « *obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions* ».

La jurisprudence de la Cour de cassation a abordé la problématique des médecins salariés sous trois aspects principaux : les critères du salariat médical (2.1.1.3.2.2.1.), la situation des médecins salariés à l'égard des patients (2.1.1.3.2.2.2.), la responsabilité (2.1.1.3.2.2.3.).

2.1.1.3.2.2.1. Les critères du salariat médical

L'arrêt Dubois rendu le 27 octobre 1978 par la chambre sociale de la Cour de cassation (**Soc., 27 octobre 1978, Bull. 1978, V, n° 725, p. 544, pourvoi n° 77-41.477**), systématisant une jurisprudence antérieure plus factuelle (**Soc., 15 décembre 1970, Bull. 1970, V, n° 720, p. 588, pourvoi n° 70-40.069**) a énoncé que l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art résultant du code de déontologie n'était pas incompatible avec l'existence d'un lien de subordination à l'égard de la clinique dans laquelle ils donnaient leur soins et déduit l'existence d'un contrat de travail d'un ensemble d'éléments caractérisant un lien de subordination tirés :

- de l'absence de liberté de choisir les malades ;
- de la fixation par la clinique des conditions de travail (horaires et lieu de consultation imposés, obligation d'avoir recours aux matériels et personnels fournis) ;
- des modalités du paiement non par le patient mais par l'établissement de santé.

Il faut toutefois insister sur la nécessité d'un faisceau d'indices pour caractériser un véritable lien de subordination, au sens du droit du travail. Ainsi un contrat d'exercice libéral peut prévoir des heures de service et de permanence sans pour autant instituer un lien de subordination (**1^{re} Civ., 31 mai**

1960, Bull. 1960, I, n° 301).

Par l'arrêt Gan du 5 mars 1992 (Crim., 5 mars 1992, Bull. crim. 1992, n° 101, p. 255, pourvoi n° 91-81.888 ; JCP 1993, II, 22013, note F. Chabas) la chambre criminelle a adopté la même position de principe en énonçant que « *l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de services le liant à un tiers* ».

2.1.1.3.2.2. La situation des médecins salariés à l'égard des patients

C'est l'arrêt Boksenbaum du 4 juin 1991 (1^{re} Civ., 4 juin 1991, Bull. 1991, I, n° 185, p. 122, pourvoi n° 89-10.446 ; D.1993, somm., p. 24, obs J. Penneau ; JCP 1991.II.21730, note René Savatier ; RTD. civ. 1992, p. 123, obs. P. Jourdain) qui a marqué une évolution majeure en ce qui concerne l'analyse de la relation triangulaire entre un patient, l'établissement de santé où il se rend et le médecin salarié de cet établissement qu'il y consulte.

M. Bocksembaum s'était présenté en août 1984 à la consultation d'oto-rhino-laryngologie d'un établissement de santé où il avait été examiné par l'un de ses médecins salariés, puis par d'autres. Atteint d'une surdité qu'il imputait à des fautes dans le traitement, le patient avait assigné notamment le premier médecin salarié dont la cour d'appel avait retenu la responsabilité contractuelle en estimant qu'il avait passé un contrat avec lui. Cette décision a été cassée au motif que le contrat de soins avait été passé entre M Boksenbaum et l'établissement de santé et non avec son médecin salarié.

En ce qui concerne la nature contractuelle du lien unissant un patient à l'établissement de santé, la décision est on ne plus classique depuis l'arrêt de principe de la chambre civile du 6 mars 1945 (1^{re} Civ., 6 mars 1945, Michelli c/. clinique Sainte Croix, D. 1945.217) qui a décidé que les cliniques sont contractuellement tenues de donner à leur clientèle avec prudence et diligence des soins attentifs et consciencieux, formule voisine de celle de l'arrêt Mercier pour les médecins.

Par contre, en ce qui concerne la relation entre le patient et le médecin salarié de l'établissement de santé, l'arrêt Boksenbaum, marque ce que René Savatier appelle dans sa note susvisée un « *effacement du contrat médical devant le contrat de soins avec l'établissement hospitalier* ». Avant cet arrêt, en effet, l'analyse dominante était qu'il y avait un double contrat, l'un avec la clinique pour les prestations hospitalières, l'autre avec le ou les médecins pour les prestations médicales. Cette analyse paraissait la plus conforme au principe de l'indépendance professionnelle. Mais la portée de ce principe concerne en réalité le choix du traitement et sa mise en œuvre, avec lesquels l'employeur du médecin ne peut interférer. Par ailleurs dans les hôpitaux publics la majorité des praticiens ont le statut de salariés et il n'a jamais été sérieusement soutenu que ce statut portât atteinte à leur indépendance professionnelle, mais il est vrai que leur situation est statutaire. Enfin l'existence d'un choix personnel du médecin par le patient dans une organisation telle que celle qui apparaît dans l'arrêt du 4 juin 1991 (1^{re} Civ., 4 juin 1991, Bull. 1991, I, n° 185, p. 122, pourvoi n° 89-10.446 ; D. 1993, somm., p. 24, obs. J. Penneau ; JCP 1991, II, 21730, note René Savatier ; RTD. civ. 1992, p. 123, obs P. Jourdain), avec la multiplicité des praticiens intervenus, relève de la fiction juridique ; toutefois une observation du même ordre peut être souvent faite en cas d'exercice libéral dans des cliniques importantes, notamment pour les gardes et soins d'urgence, où les patients n'ont pas réellement le choix du praticien.

Rompant en tout cas sans équivoque avec l'analyse dualiste, cet arrêt décide donc que, lorsque le médecin qui soigne un patient venu consulter dans un établissement de santé privé est un salarié de cet établissement, le contrat de soins est conclu avec ce dernier et non avec le médecin. Mais en cas de dommage causé au patient, la question de l'appréciation des responsabilités respectives du médecin et de l'établissement de santé se pose.

2.1.1.3.2.2.3. La responsabilité du médecin salarié et de l'établissement de santé

En cette matière, la jurisprudence a fortement évolué en 2004, passant de la responsabilité à l'immunité du médecin.

Dans un premier temps, la force du principe de l'indépendance professionnelle a fait considérer que le médecin salarié, en cas de faute de sa part ayant causé un préjudice au patient, engageait sa responsabilité sur le terrain délictuel, tandis que l'établissement de santé était contractuellement tenu.

Le jugement du Tribunal des conflits déjà cité du 20 février 2002 (**T.C., 20 février 2002, Bull. 2002, T.C., n° 2**), rendu non sur la compétence mais sur le fond puisqu'il s'agissait d'un cas de déni de justice résultant, à propos de la même affaire, de décisions inconciliables des juridictions administratives et judiciaires, a exprimé ce principe dans des termes particulièrement nets : *« en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient, un établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même que par substitués ou préposés qui ont causé un préjudice à ce patient..., mais eu égard à l'indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'exercice de son art, qui est au nombre des principes généraux du droit, il est loisible au patient, indépendamment de l'action qu'il est en droit d'exercer sur un fondement contractuel à l'encontre de l'établissement privé de santé de rechercher, sur le terrain délictuel, la responsabilité du praticien lorsque, dans la réalisation d'actes médicaux, celui-ci a commis une faute »*.

Par un arrêt du 26 mai 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà statué dans le même sens (**1^{re} Civ., 26 mai 1999, Bull. 1999, I, n° 175, p. 115, pourvoi n° 97-15.608**, rapport annuel 2000, p 394 ; JCP 1999, II, 10112, rapport Sargos ; D. 1999, p. 719, note E. Savatier et somm., p. 386, obs. J. Penneau ; RTD. civ. 1999, p. 634, obs. P. Jourdain).

Dans un deuxième temps, la jurisprudence a procédé à un revirement et consacré l'immunité civile du médecin salarié par deux arrêts du 9 novembre, l'un concernant un médecin salarié, l'autre une sage-femme également salariée. (**1^{re} Civ., 9 novembre 2004, Bull. 2004, I, n° 260 et n° 262, p. 217, pourvoi n° 01-17.168** ; D. 2005.253, note F. Chabas ; D. 2005., Pan., p. 403., obs. J. Penneau ; D. 2006, p. 111, chron. Cédric Riot, *« L'exercice subordonné de l'art médical »* ; RTD. civ. 2005, p. 143, obs. P. Jourdain).

Ces deux arrêts ont décidé que le médecin, ou la sage-femme, salarié qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient. Il s'agit de l'extension à l'activité médicale de la jurisprudence dite « Costedoat » sur l'immunité du préposé qui a agi dans les limites de sa mission (**Ass. Plén., 25 février 2000, Bull. 2000, Ass. plén. n° 2, p. 3, pourvois n° 97-17.378 et 97-20.152**, Rapport annuel 2000 p 315 ; D. 2000, p. 1230, note J. Julien et somm p. 1317, obs. D. Mazeaud et p 2117, obs. B. Thuillier ; RTD. civ. 2002, p. 109, obs. P. Jourdain), immunité qui ne cède que si le préposé a commis une faute intentionnelle ayant causé un préjudice à autrui (**Ass. Plén., 14 décembre 2001, Bull. 2001, Ass. plén., n° 17, p. 35, pourvoi n° 00.82-066**, Rapport annuel 2001, p. 444 ; D. 2002. p. 1230, note J. Julien et somm. p. 1317, obs. D. Mazeaud ; RTD. Civ. 2002, p. 109, obs. P. Jourdain ; Dr et patrimoine, mars 2002, p. 94, obs. F. Chabas ; JCP 2002, II, 10026, note Billiau et I, p. 124, obs. G. Viney).

Le rapport annuel concernant l'arrêt du 9 novembre 2004 (p. 348) explique ce revirement par le fait que l'indépendance professionnelle du médecin est en réalité limitée dans la mesure où, comme on l'a déjà relevé, elle ne porte que sur le choix du traitement et sa mise en œuvre ; au demeurant, dans l'affaire Costedoat, le préposé, pilote d'hélicoptère disposait d'une liberté d'action dans la conduite de son appareil en application du code de l'aviation civile. Le même rapport souligne aussi que la jurisprudence antérieure introduisait une différence de traitement contestable entre les médecins exerçant dans un établissement privé et ceux exerçant dans un établissement public qui n'engagent

leur responsabilité personnelle qu'en cas de faute détachable de l'exercice des fonctions, l'établissement de santé public se substituant à eux dans les autres cas. Un argument est aussi tiré du fait que depuis la loi du 4 mars 2002 (article L. 1142-2 du code de la santé publique), les établissements de santé sont tenus de souscrire une assurance couvrant leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical. La doctrine majoritaire était aussi critique contre la jurisprudence dérogeant, en ce qui concerne les médecins et sages-femmes, à l'immunité civile du préposé instituée par l'arrêt Costedoat (G. Viney, Responsabilité civile, JCP (G) 23 juillet 2003 ; P. Jourdain, D. 2003, somm., p. 459 ; Ch. Radé, Resp. civ et assur 2002, p. 9 ; S. Porchy-Simon, Mélanges Lambert, 2002, p. 361 « *Regards critiques sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin* ». Mais d'autres, comme F. Chabas dans son article cité, contestent le principe même de la jurisprudence Cosdedoat en raison, notamment, de la fragilisation de la position de la victime.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dit « projet Catala » propose d'instituer une responsabilité subsidiaire du préposé lorsque la victime ne peut obtenir réparation du commettant ou de l'assureur de celui-ci (article 1359-1 dudit projet). Mais le groupe de travail institué à la Cour de cassation pour émettre un avis sur le « projet Catala », dont le rapport a été déposé 15 juin 2007, y est à l'unanimité hostile, un salarié ne pouvant devenir le garant ou « l'assureur occasionnel » de son employeur.

Un arrêt du 12 juillet 2007 (**1^{re} Civ., 12 juillet 2007, pourvois n° 06-13.790 et 06-12.624, en cours de publication**) a apporté des précisions importantes sur la portée de cette jurisprudence quant aux conditions de cette immunité, notamment lorsque le médecin a agi dans un premier temps dans le cadre de son activité libérale, puis dans un second temps dans le cadre de son activité salariée, et quant à l'assurance.

Il s'agissait d'un médecin radiothérapeute qui – ce qui est fréquent - avait une double activité, d'une part une activité libérale dans son cabinet personnel, d'autre part une activité de salarié dans un établissement de santé privé. Il avait reçu une patiente pour la première fois dans son propre cabinet et décidé de la soigner par radiothérapie orbitaire dans l'hôpital privé dont il était salarié. Il était soutenu par ce dernier que dès lors qu'un contrat avait été conclu entre le médecin agissant à titre libéral et la malade, ce contrat se poursuivait à l'occasion des soins donnés en qualité de salarié de l'hôpital.

La Cour de cassation a estimé que le moyen tiré d'une consultation préalable au cabinet privé du médecin était inopérant quant à la solution du litige dès lors qu'étaient réunies les conditions suivantes quant à l'acte générateur du dommage (ici il s'agissait du surdosage de l'irradiation prescrite) qui doit avoir été accompli :

- sur les lieux et pendant le temps de travail du médecin salarié
- avec les outils fournis par l'établissement de santé ;
- en exécution de la mission confiée et sans dépassement de celle-ci. Lorsque ces conditions sont réunies, l'acte médical fautif du médecin salarié participe bien à ses fonctions en engage la responsabilité de l'employeur et non celle du praticien.

S'agissant de l'assurance, il était soutenu par le pourvoi que l'immunité dont bénéficiait le médecin salarié interdisait tout recours subrogatoire contre son assureur de responsabilité de la part de l'assureur de l'établissement de santé employeur, lequel avait dû indemniser la victime (l'article L. 121-12, alinéa 3, du code des assurances dispose que « *l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas*

de malveillance de ces personnes »). Le moyen est écarté au motif que l'immunité du salarié, qui n'emporte pas irresponsabilité de son bénéficiaire, ne fait pas obstacle à l'exercice du recours subrogatoire de l'assureur qui a indemnisé la victime contre l'assureur du médecin salarié dont la faute a causé le dommage. Cette solution reprend un précédent – qui ne concernait pas la médecine- du 26 mai 1993 (1^{re} Civ., 26 mai 1993, Bull. 1993, I, n° 186, p. 127, pourvois n° 91-11.362 et 91-11.770 ; D. 1993, IR, 159 ; Resp. civ. et assur. 1993, Comm., 317 et Chron. 30 par H. Groutel). Il en résulte qu'en cas de contentieux le médecin salarié et son assureur (l'assurance n'est certes obligatoire que pour les médecins exerçant à titre libéral, mais tous ceux qui cumulent une activité libérale et une activité salariée seront nécessairement assurés) seront appelés en la cause.

Des changements sensibles ont ainsi marqué l'appréciation de la responsabilité médicale en cas d'exercice multidisciplinaire depuis l'arrêt Welti du 18 octobre 1960, et en cas d'exercice dans un cadre salarial.

Ces évolutions, dont on a vu qu'elles participent d'une dialectique constructive entre la doctrine jurisprudentielle et la doctrine universitaire – et l'arrêt Welti en est un emblématique exemple- sont marqués par le souci d'adapter la responsabilité à l'évolution de la pratique des actes médicaux en conciliant la protection des malades et le progrès de l'art médical.

S'agissant de l'évolution en cas d'exercice salarié de la médecine, qui a vu s'affirmer en 2004 l'immunité du médecin et la seule responsabilité contractuelle de l'établissement de santé, d'aucuns de sont demandés si une extension de cette responsabilité en cas d'exercice libéral n'était pas envisageable, notamment dans les cas où l'organisation de la structure de santé rend en fait illusoire le choix du médecin par le patient. En l'état, la réponse ne peut être que négative, comme le précise le rapport annuel de 2004 (p. 349) : « *les fautes commises par un professionnel de santé exerçant à titre libéral engageant par contre toujours la responsabilité personne de ce dernier en vertu du contrat le liant à son patient ; la responsabilité de l'établissement de santé ne pouvant être retenue que dans l'hypothèse de fautes conjointes justifiant alors une condamnation in solidum* ».

2.1.1.4. La responsabilité pénale des membres des professions médicales pour les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique

La chambre criminelle admet, depuis le XIX^{ème} siècle, que les dispositions du code pénal réprimant l'homicide et les blessures involontaires s'appliquent à toutes les professions, y compris celle de médecin (Crim., 28 mai 1891, Bull. crim. 1891, n° 121 ; D. 1892, I, 195). La nature contractuelle reconnue par l'arrêt Mercier du 20 mai 1936 au rapport qui lie le patient au praticien n'affecte pas la responsabilité pénale qui peut être encourue par ce dernier (Crim., 12 décembre 1946, Bull. crim. 1946, n° 231 ; cf. I. Ferrari, Le médecin devant le juge pénal, rapport annuel 1999, p. 141).

La définition des atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique, à laquelle le Nouveau code pénal n'avait pas apporté de modification substantielle, a été profondément altérée par la loi du 10 juillet 2000. Désormais, en matière d'infractions non-intentionnelles, « *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* ».

Afin de parfaire la rupture voulue de l'unité des fautes civile et pénale, le législateur a inséré dans le code de procédure pénale un article 4-1 suivant lequel « *l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action*

devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ».

La redéfinition de la faute non intentionnelle a retenti sur les conditions de mise en cause de la responsabilité pénale des membres des professions de santé. Elle a - inévitablement - suscité de nombreux pourvois. Sans doute, le travail d'interprétation des nouveaux concepts de faute et de causalité introduits par la loi du 10 juillet 2000 n'épuise-t-il pas la richesse de la jurisprudence récente en matière d'homicides et de blessures involontaires commis dans le cadre de la relation médicale. Il y aura lieu, également, de mettre en exergue les décisions relatives au statut pénal de l'enfant à naître, et d'évoquer les difficultés d'appréhension par les textes répressifs des contaminations provoquées par des produits de santé défectueux. La loi du 10 juillet 2000, néanmoins, sera au centre des développements qui suivent et qui évoqueront, successivement, le dommage (2.1.1.4.1.), le lien de causalité (2.1.1.4.2.), la faute (2.1.1.4.3.) et l'imputabilité (2.1.1.4.4.).

2.1.1.4.1. Le dommage

Le dommage qui consomme les délits d'homicide ou de blessures involontaires n'a pas suscité de jurisprudence marquante au cours des dernières années, si ce n'est à l'égard de l'enfant à naître.

2.1.1.4.1.1. L'homicide involontaire

Les atteintes portées au fœtus, *in utero* et au cours de l'accouchement, ne constituent un homicide involontaire que si l'enfant a vécu, même brièvement, hors du sein de sa mère.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que « *le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui soit étendue au cas d'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus* » (Ass. plén., 29 juin 2001, Bull. crim. 2001, n° 165, p. 544, pourvoi n° 99-85.973 ; JCP (G) 2001, II, 10569, rapport conforme P. Sargos, concl. contraires J. Sainte-Rose et note M.-L. Rassat ; Dr. pén. 2001, chron., p. 34, L. Demont ; rapport annuel 2001, p. 510 ; Gaz. Pal. 2002, 1, p. 12, note S. Monnier ; Rev. pénit. 2002, p. 137, obs. D. Vigneau ; JCP (G) 2002, I, 146, note Ch. Byk ; D. 2001, inf. rap., p. 2179 ; D. 2001.2917, note Y. Mayaud. - J. Pradel, *La seconde mort de l'enfant conçu [À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 juin 2001]* : D. 2001, chron., p. 2907 ; Juris-Data n° 2001-010321).

Dans le même sens que l'arrêt précité de l'Assemblée plénière, la chambre criminelle, toujours sur le fondement du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu l'incrimination d'homicide involontaire pour des fautes de négligence ou d'imprudence, reprochées à une sage-femme et à un médecin, ayant entraîné le décès d'un enfant *in utero*. La Cour de cassation a ainsi censuré les motifs des juges du second degré suivant lesquels, « *l'enfant étant à terme depuis plusieurs jours et que si les fautes n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de celle de sa mère* » (Crim., 25 juin 2002, Bull. crim. 2002, n° 144, p. 531, pourvoi n° 00-81.359 ; JCP (G) 2002, II, 10155, note M.-L. Rassat ; D. 2002.3099, note J. Pradel ; Dr. pén. 2002, comm. 93, note M. Véron ; chron. 31, concl. D. Commaret. - S. Tzitzis, *Néantiser la vie. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2002* : Rev. pénit. 2003, p. 785 - V. O. Sautel, *Récidive... Brèves considérations sur l'arrêt de la chambre criminelle du 25 juin 2002* : D. 2002, point de vue p. 247. - D. 2003, somm. p. 243, obs. S. Mirabail ; somm. p. 660, obs. F. Planckeel ; Gaz. Pal. 2003, 1, p. 14, note J. Bonneau ; Rev. sc. Crim., 2003, p. 91, obs. B. Bouloc et p. 95, obs. Y. Mayaud).

La négligence d'une sage-femme ayant conduit à l'extraction par césarienne d'un enfant dont le décès a été constaté ne constituant pas le délit d'homicide involontaire dès lors que l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale (**Crim., 4 mai 2004, Bull. crim. 2004, n° 108, p. 418, pourvoi n° 03-86.175** ; Dr. pén. 2004, comm. 124, note M. Véron ; JCP (G) 2004, IV, 2264 ; J. Sainte-Rose, *L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine* : JCP (G)(2004, I, 2360).

Il a été jugé, en revanche, que l'incrimination d'homicide involontaire s'appliquait au médecin accoucheur qui, par une mauvaise utilisation des forceps, avait provoqué des lésions cérébrales irréversibles, dont l'enfant, malgré les soins intensifs prodigués après sa naissance, était décédé quelques jours plus tard (**Crim., 23 octobre 2001, Bull. crim. 2001, n° 217, p. 689, pourvoi n° 01-81.030**).

2.1.1.4.1.2. L'enfant à naître

La chambre criminelle retient la responsabilité pénale, du chef de blessures involontaires, des auteurs d'atteintes à l'intégrité physique du fœtus dès lors qu'il naît vivant. Il en va ainsi de l'obstétricien qui quitte la salle des naissances sans examiner le dossier d'une parturiente, alors qu'il a été informé par la sage-femme de la rupture prématurée des membranes, des anomalies du rythme cardiaque fœtal et de la prématurité de l'enfant, circonstances qui auraient dû le conduire à pratiquer immédiatement une césarienne, dont la réalisation tardive a contribué à causer les lésions irréversibles constatées à la naissance (**Crim., 2 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.259**).

2.1.1.4.2. Le lien de causalité

La loi du 10 juillet 2000 a introduit une distinction entre causalité directe et indirecte qui commande la nature de la faute requise pour engager la responsabilité pénale des personnes physiques. Ces concepts, dont la clarification est au centre des arrêts récemment rendus par la chambre criminelle, ne doivent pas faire oublier l'exigence première de certitude du lien de causalité.

2.1.1.4.2.1. La certitude du lien de causalité

Le lien de causalité entre une faute et un dommage peut n'être pas exclusif, mais il doit être certain. En cas d'aggravation des lésions initiales, trois situations doivent être envisagées : celle de l'évolution spontanée des lésions vers la mort, celle de la qualification d'homicide lorsque le décès n'est pas la conséquence immédiate des blessures, et celle de la perte d'une chance de survie. Enfin, il convient d'évoquer à part les difficultés de preuve du lien de causalité en cas d'administration de produits contaminés.

2.1.1.4.2.1.1. L'évolution spontanée des lésions vers la mort

Lorsque les blessures évoluent spontanément vers le décès de la victime, c'est la qualification d'homicide involontaire qui doit être retenue contre celui qui les a provoquées, peu important la durée du processus et le caractère apparemment bénin des lésions initialement constatées. C'est ainsi que justifient leur condamnation d'un chirurgien du chef d'homicide involontaire les juges qui retiennent que le mauvais positionnement d'une opérée, sur une table inadaptée à l'intervention, est à l'origine directe du phénomène de détresse neurologique observé immédiatement après l'opération, cause de la mort de la patiente survenue près de deux ans plus tard après un épisode comateux, de multiples complications et des séquelles neurologiques (**Crim., 23 octobre 2001, Bull. crim. 2001, n° 218, p. 692, pourvoi n° 01-81.227**).

2.1.1.4.2.1.2. La rupture de la chaîne causale

La rupture du lien de causalité a été admise dans les circonstances suivantes. Un piéton, heurté par une voiture, avait subi une fracture. A l'hôpital, il avait contracté, une maladie nosocomiale dont il était mort. L'arrêt qui avait déclaré l'automobiliste coupable d'homicide involontaire a été cassé pour n'avoir pas recherché si « *l'infection n'était pas le seul fait en relation avec le décès* » (**Crim., 5 octobre 2004, Bull. crim. 2004, n° 230, p. 827, pourvoi n° 03-86.169** ; note D. Commaret : Gaz. Pal. 17 décembre 2004, p. 11 ; note P. Hennion-Jacquet : RDSS 2005, p. 326).

2.1.1.4.2.1.3. La perte d'une chance de survie

L'homicide involontaire n'est constitué que si la faute reprochée au praticien a causé la mort, directement ou indirectement, et n'a pas eu seulement pour effet de priver la victime d'une chance de survie. Les juges du fond doivent donc, pour prononcer une condamnation, relever expressément qu'une intervention appropriée aurait permis d'éviter la mort. Dans une affaire où la victime d'un accident de la circulation était décédée, une heure après son admission à l'hôpital, des suites d'une hémorragie massive, une cour d'appel avait déclaré coupable d'homicide involontaire le médecin responsable du service des urgences, qui n'avait pas fait immédiatement appel à un chirurgien pour pratiquer une hémostase et qui avait tardé à réclamer les examens sanguins préalables à une transfusion. Cette décision a été cassée, dès lors que l'expertise, dont elle reprenait les conclusions, ne permettait pas d'affirmer que ces diligences auraient pu empêcher le décès (**Crim., 29 juin 1999, Bull. crim. 1999, n° 161, p. 441, pourvoi n° 98-83.517** ; pour d'autres applications : **Crim., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 02-81.872** : Dr. pén 2003, comm. 110, note M. Véron ; **Crim., 2 décembre 2003, pourvoi n° 03-81.955** ; **Crim., 22 mars 2005, pourvoi n° 04-84.459** : Dr. pén. 2005, comm. 103, note M. Véron).

2.1.1.4.2.1.4. Les contaminations involontaires

La transmission de maladies, soit par contact avec une personne infectée, soit par ingestion ou administration de produits contaminés suscite des difficultés de preuve souvent insurmontables en raison du délai qui s'écoule entre l'exposition de la victime et la constatation médicale des premiers symptômes. La pratique judiciaire a parfois tenté de contourner ces obstacles en recourant, avec plus ou moins de pertinence, aux délits de tromperie ou d'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui. La première de ces qualifications a été retenue par la juridiction d'instruction dans une affaire où un jeune patient avait contracté la maladie de Creutzfeld-Jacob après avoir suivi un traitement à base d'hormones de croissance extraites d'hypophyses humaines (**Crim., 7 juillet 2005, Bull. crim. 2005, n° 206, p. 716, pourvoi n° 05-81.119** ; Rev. sc. crim., 2006, p. 84, note C. Ambroise-Castérot : *Rejet d'un pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris ayant écarté l'exception de prescription de l'action publique, la tromperie étant un délit clandestin par nature*).

Dans l'affaire de la contamination transfusionnelle d'hémophiles par le virus du sida, la Cour de cassation a considéré qu'une chambre de l'instruction avait pu estimer qu'il n'existait pas de charges suffisantes pour renvoyer quiconque des chefs d'homicide ou blessures involontaires, empoisonnement ou omission de porter secours (**Crim., 18 juin 2003, Bull. crim. 2003, n° 127, p. 483, pourvoi n° 02-85.199** ; JCP (G) 2003 p. 1366, note M.-L. Rassat ; Rev. sc. Crim., 2003, p. 781, note Y. Mayaud ; D. 2004, p. 1620, note D. Rebut ; D. 2005, p. 195, note A. Prothais).

2.1.1.4.2.2. La causalité directe et la causalité indirecte

2.1.1.4.2.2.1. La causalité directe

Si, aux termes de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal, sont considérées comme auteurs indirects du dommage les personnes physiques « *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* », la causalité directe, en revanche, n'a pas été expressément définie par le législateur.

La circulaire du 11 octobre 2000 (Circ. CRIM-00-9/F1 : BO min. justice n° 80) optait exclusivement pour la causalité immédiate : il n'y aura de causalité directe énonçait-elle, « *que lorsque la personne en cause aura, soit elle-même frappé ou heurté la victime, soit initié ou contrôlé le mouvement d'un objet qui aura heurté* ». Si, en jurisprudence, le contact physique entre l'auteur de l'accident - ou une chose dirigée par lui - et le siège du dommage, constitue le domaine par excellence de la causalité directe, la chambre criminelle ne s'en tient pas à cette conception étroitement mécaniste de la causalité. Elle admet qu'une cause médiate puisse être qualifiée de directe lorsqu'elle est adéquate. Elle l'exprime en parlant de « *faute essentielle et déterminante* ».

2.1.1.4.2.2.1.1. La cause immédiate

Relèvent de cette catégorie les actes chirurgicaux maladroits ou malavisés sur un patient dont l'état n'aurait pas connu spontanément une évolution aussi fâcheuse que celle qu'a produite l'intervention. Il en va de même pour l'emploi de matériels médicaux dans des conditions non conformes aux prescriptions d'utilisation.

A ainsi été considéré comme la cause directe du décès d'une patiente opérée d'une scoliose, son mauvais positionnement sur une table d'opération inadaptée qui a entraîné une compression de l'abdomen, elle-même à l'origine de l'insuffisante irrigation du muscle cardiaque et du cerveau qui est à l'origine de l'arrêt cardio-respiratoire (**Crim., 23 octobre 2001, Bull. crim. 2001, n° 218, p. 692, pourvoi n° 01-81.227** ; JCP (G) 2001, IV, 3089 ; D. 2002, inf. rap. p. 42 ; Dr. pén. 2002, comm. 27, note M. Véron ; Rev. sc. Crim., 2002, p. 102, obs. Y. Mayaud). Justifient également leur condamnation d'un chirurgien orthopédiste du chef de blessures involontaires, les juges qui retiennent que les fautes commises en opérant, sans urgence, une patiente sans l'assistance d'un chirurgien thoracique, et en commettant, en l'absence de contrôle préalable, une erreur de localisation de la hernie, puis en procédant à une seconde intervention par une voie inadaptée, et en provoquant la rupture de la dure-mère, sont directement à l'origine de la paraplégie totale et définitive (**Crim., 21 septembre 2004, Bull. crim. 2004, n° 216, p. 766, pourvoi n° 03-85.510**). Les juges qui, pour déclarer un médecin accoucheur coupable d'homicide involontaire, retiennent que les fautes qu'il a commises en utilisant des forceps sont à l'origine directe des lésions cérébrales, seule et unique cause de la mort de l'enfant nouveau né, dont le décès est survenu quelques jours plus tard, constatent par là même que ce prévenu a causé directement le dommage (**Crim., 23 octobre 2001, Bull. crim. 2001, n° 217, p. 689, pourvoi n° 01-81.030**). Le chirurgien, qui procède tardivement à l'ablation de prothèses mammaires, qu'il avait placées sur une patiente au cours d'une première intervention faisant suite à une mastectomie sous-cutanée, et en les remplaçant par d'autres prothèses, sans faire procéder aux examens bactériologiques nécessaires, malgré l'échec de la cicatrisation et l'objectivation d'un abcès sous-cutané, a commis une faute en relation directe avec le dommage consistant en une perte de substance aréolaire (**Crim., 19 octobre 2004, Bull. crim. 2004, n° 246, p. 911, pourvoi n° 04-80.317**). Un praticien qui accepte de réaliser plusieurs interventions de chirurgie esthétique, y compris un stripping veineux des jambes, sur une patiente de 64 ans, dotée d'une double prothèse de la hanche, sans tenir compte, dans sa décision d'intervenir et dans la conduite d'ensemble du processus opératoire, du risque avéré de thrombose, est directement à l'origine du décès de la victime par embolie pulmonaire (**Crim., 29 octobre 2002, Bull. crim. 2002, n° 196, p. 728, pourvoi n° 01-87.374**).

Est directement à l'origine du décès, par embolie pulmonaire, de patients placés dans un caisson hyperbare à la suite d'une intoxication sévère au monoxyde de carbone, la faute commise par un cadre infirmier hyperbariste qui, en méconnaissance du protocole d'utilisation, et sans respecter l'obligation de surveillance permanente au cours de la séance d'oxygénothérapie, prend l'initiative d'ouvrir au maximum, et en urgence, la vanne d'échappement du sas, provoquant ainsi une décompression accélérée (**Crim., 16 janvier 2007, Bull. crim. 2007, n° 8, p. 24, pourvoi n° 06-83.179** ; Dr. pén. 2007, comm. 49, note M. Véron).

2.1.1.4.2.2.1.2. La cause essentielle et déterminante

La chambre criminelle a eu recours à cette catégorie pour étendre la causalité directe au-delà des rapports d'immédiateté entre la faute et le dommage. Deux situations sont particulièrement concernées : d'une part, l'hypothèse où la défaillance imputée au prévenu consiste en une omission, une abstention, ou un retard, d'autre part, le cas de succession de fautes.

- La jurisprudence en matière d'omission est particulièrement nuancée. La cause première du décès est alors la pathologie ou les blessures dont souffre le patient ; le praticien qui tarde à intervenir pourrait être regardé comme celui « *qui n'a pas pris les mesures permettant d'éviter le dommage* » au sens de l'article 121-3 du code pénal, c'est-à-dire comme l'auteur indirect du dommage. On verra plus loin que c'est en ce sens que s'est prononcée la chambre criminelle dans plusieurs affaires qui lui ont été soumises. En revanche, elle a retenu la causalité directe dans l'hypothèse suivante. Un patient avait été hospitalisé en raison d'une hémorragie digestive aiguë, et les praticiens, au lieu de profiter d'un répit procuré par la présence d'un caillot, ont différé l'intervention, alors que toutes les ressources de la transfusion étaient épuisées. Il a été jugé que cette expectative était la cause essentielle et déterminante de l'arrêt cardio-respiratoire, « *le processus mortel étant engagé avant même la décision d'opérer* » (**Crim., 5 avril 2005, pourvoi n° 04-85.503**).

- Dans les hypothèses de défaillances successives, la faute la plus proche du dommage peut n'être pas regardée comme directe, lorsqu'elle interfère dans un processus engagé par une faute précédente, qui rendait par elle-même prévisible l'issue finale. Tel est le sens de la décision rendue dans le cas suivant. Une enfant avait été anesthésiée pour une ablation des amygdales. L'anesthésiste chargé du suivi post-opératoire lui avait administré un soluté hypotonique, alors que la littérature médicale recommande, chez l'enfant, de préférer un soluté isotonique pour éviter les hyponaméttries (concentration insuffisante en sodium dans le plasma) « *fréquentes et redoutables, même dans les interventions de chirurgie bénignes* ». L'anesthésiste d'astreinte, qui a pris la suite du premier praticien, n'a pas rendu visite à la patiente pendant plus de 16 heures après le transfert de l'enfant dans sa chambre, ni procédé à un examen qu'imposaient la mention sur le dossier de problèmes d'hémostase et le signalement par l'infirmière d'une somnolence persistante et de vomissements. La fillette est décédée d'un œdème pulmonaire imputé à une hyponamétrie. Les juges du fond ont estimé que la négligence de l'anesthésiste d'astreinte était une cause indirecte du décès (et décidé que la faute était caractérisée, appréciation que n'a pas censurée la Cour de cassation : **Crim., 29 novembre 2005, pourvoi n° 05-80.017**). Cette décision pourrait s'analyser comme un abandon d'une solution précédente qui avait été très vivement critiquée par la doctrine. A la suite d'un accouchement difficile, ayant donné lieu à l'application de forceps, le nouveau-né, qui présentait notamment des lésions à la face, avait été confié par l'obstétricien à une pédiatre. Celle-ci avait exclusivement porté son attention sur les lésions oculaires et orthopédiques, secondaires selon les experts. Elle avait négligé le symptôme le plus grave : un hématome crânien superficiel, dont l'expansion a été à l'origine du décès de l'enfant, faute d'un diagnostic précoce. Cette imprudence a été considérée comme la cause directe de la mort de la victime (**Crim., 13 novembre 2002, Bull. crim. 2002, n° 203, p. 751, pourvoi n° 01- 88.462** ; Y. Mayaud : RSC 2003, p. 331 ; Y. Monnet : Gaz. Pal. 1^{er} août 2003, p. 18 ; Ph. Conte, D. 2004.1337).

2.1.1.4.2.2. La causalité indirecte

Relèvent de cette catégorie les hypothèses d'abstention, d'intervention tardive ou insuffisante, ou encore les cas de mauvaise organisation d'un service ou d'insuffisance d'encadrement.

Une patiente régulièrement suivie, notamment pour une surcharge pondérale, par un médecin spécialiste d'endocrinologie avait obtenu un rendez-vous en urgence en faisant valoir une soif intense qui l'obligeait à boire quatre litres d'eau par jour ; le médecin, sans utiliser l'appareil de lecture automatique du taux de glycémie dont son cabinet était équipé, s'était borné à prescrire des examens biologiques dont il n'avait pas mentionné l'urgence ; la patiente est décédée trois jours plus tard à son domicile des suites de l'inhalation bronchique de liquide et d'aliments au cours d'un coma diabétique ; l'arrêt qui condamnait le praticien a été censuré en ce qu'il estimait que le lien de causalité était direct, mais il n'a pas été cassé, la chambre criminelle ayant trouvé dans les constatations de la cour d'appel des éléments suffisants pour retenir une faute caractérisée (**Crim., 12 septembre 2006, Bull. crim. 2006, n° 219, p. 772, pourvoi n° 05-86.700**).

Le médecin régulateur du SAMU qui, après avoir procédé à un interrogatoire téléphonique superficiel et incomplet de l'épouse du malade, a envoyé un médecin de quartier dépourvu de moyens d'intervention auprès du patient, décédé moins d'une heure plus tard d'un infarctus du myocarde, est indirectement à l'origine de ce décès (**Crim., 2 décembre 2003, Bull. crim. 2003, n° 226, p. 911, pourvoi n° 02-85.254** ; Dr. pén. 2004, comm. 17, note M. Véron ; D. 2004, inf. rap. p. 539 et note ; ; JCP (G) 2004, II, 10044, note P. Mistretta ; Rev. sc. Crim., 2004, p. 344, obs. Y. Mayaud ; Rev. sc. Crim., 2004, p. 226, obs. Y. Mayaud).

La chambre criminelle a également retenu la causalité indirecte dans l'hypothèse suivante. Un médecin généraliste, réquisitionné par le préfet pour assurer une garde, avait passé la nuit hors de son domicile en un lieu où il savait que les communications passaient mal sur son téléphone portable. Il a ainsi indirectement contribué au retard dans l'intervention des secours appropriés - et au décès subséquent de la victime - provoqué par la sous-estimation par le médecin régulateur du SAMU des symptômes décrits et par son initiative de mettre l'enfant du malade en relation téléphonique directe avec le médecin de garde, dont le téléphone n'a pas fonctionné (**Crim., 13 février 2007, Bull. crim., 2007, n° 43, p. 257, pourvoi n° 06-81.089** ; P. Mistretta JCP (G) 2007, II, 10107).

L'anesthésiste, qui ne donne pas aux infirmières des instructions suffisantes pour surveiller l'évolution de l'état d'un enfant ayant présenté des saignements importants à la suite d'une amygdaléctomie commet une faute caractérisée qui a conduit à sous-estimer l'ampleur de l'hémorragie et contribué indirectement au décès du patient par arrêt cardiaque lors de l'anesthésie préalable à la tentative d'hémostase (**Crim., 13 février 2007, pourvoi n° 06-82.202, en cours de publication**). Il en va de même de l'infirmière qui, alors qu'elle aurait dû surveiller les actes accomplis par une élève infirmière, l'a laissée, hors de sa présence et sans s'assurer qu'elle connaissait le mode opératoire, administrer à un patient une injection intraveineuse, non prescrite par le médecin, qui a entraîné le décès du malade (**Crim., 26 juin 2001, pourvoi n° 00-87.816** : Dr. pén. 2001, comm. 124, note M. Véron. - V. P. Mistretta, La responsabilité médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000 : Évolution ou révolution ? : JCP (G) 2002, I, 149).

2.1.1.4.3. La faute

Lorsqu'elle est en relation de causalité indirecte avec le dommage, la faute de la personne physique n'engage sa responsabilité pénale que si elle présente les caractéristiques décrites par l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal. La question s'est posée de savoir si la faute qualifiée, au sens de ce texte, pouvait, au regard de la responsabilité civile, être tenue pour une faute de service lorsque le professionnel de santé exerce dans une structure publique. Avant d'examiner les distinctions

introduites par la loi du 10 juillet 2000, il convient de rappeler les rapports entre erreur de diagnostic et faute pénale.

2.1.1.4.3.1. L'erreur de diagnostic et la faute pénale

L'erreur de diagnostic n'est pas, en principe, une faute pénale. C'est ainsi que n'engagent pas leur responsabilité pénale l'obstétricien et la sage-femme qui ont mal interprété les résultats du monitoring, lesquels s'ils présentaient des anomalies, n'apparaissaient cependant pas pathologiques, ce qui a conduit ces professionnels à mésestimer la bradycardie du fœtus (**Crim., 29 juin 1999, Bull. crim. 1999, n° 161, p. 441, pourvoi n° 98-83.517**).

En revanche, l'erreur de diagnostic est pénalement répréhensible lorsque le praticien n'a pas procédé à un examen complet et soigneux du patient. Commet une faute caractérisée indirectement à l'origine du décès de la victime, un médecin spécialiste en endocrinologie, consulté en urgence par une patiente présentant le tableau clinique d'évolution vers un coma diabétique, qui s'est borné à ordonner des examens sanguins de dosage de la glycémie, sans en signaler l'urgence, et qui n'a pas fait usage de l'appareil de lecture automatique disponible dans son cabinet (**Crim., 12 septembre 2006, Bull. crim. 2006, n° 219, p. 772, pourvoi n° 05-86.700**). Il en va de même du médecin régulateur du SAMU qui, à la suite d'un interrogatoire incomplet et superficiel de l'épouse d'un malade, n'envoie sur place qu'un médecin généraliste de garde et non l'une des ambulances disponibles, et se trouve ainsi indirectement à l'origine du décès de la victime d'un infarctus du myocarde (**Crim., 2 décembre 2003, Bull. crim. 2003, n° 226, p. 911, pourvoi n° 02-85.254**).

2.1.1.4.3.2. Les deux formes de la faute qualifiée

Aux termes de l'article 121-3, alinéa 4, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000, la responsabilité pénale des personnes physiques, auteurs indirectes d'un dommage n'est engagée que « *s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée d'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 que l'intéressé ne pouvait ignorer* ».

2.1.1.4.3.2.1. La faute délibérée

C'est une catégorie étroite. Trois conditions cumulatives - le caractère spécial de l'obligation de sécurité méconnue, son édicition par une loi ou un règlement effectivement en vigueur, la volonté de transgression - rendent sa mise en œuvre malaisée. « *L'évidence commande de constater que son usage est parcimonieux, à la mesure des difficultés à prouver la réunion de l'ensemble des conditions strictes posées par la loi* » (D. Commaret, *La responsabilité pénale des décideurs en matière de délits non intentionnels depuis la loi du 10 juillet 2000* : Gaz.-Pal. 10-11 septembre 2004, p. 3).

Dans le domaine médical, la faute délibérée a été retenue à l'encontre d'un médecin anesthésiste qui, à l'occasion d'endoscopies réalisées dans un cabinet médical, avait infecté six patients en leur injectant, au moyen des deux mêmes seringues, un produit dont la réglementation ne permet l'administration que dans des établissements disposant d'un matériel d'assistance respiratoire et de réanimation, et qui n'a pas procédé à la surveillance post-interventionnelle continue imposée par un décret du 2 décembre 1994 (**Crim., 11 septembre 2001, Bull. crim. 2001, n° 176, p. 575, pourvoi n° 00-85.473** ; Dr. pén. 2002, comm. n° 4, note M. Véron).

2.1.1.4.3.2.2. La faute caractérisée

Contrairement à la faute manifestement délibérée, la faute caractérisée ne présente pas le caractère d'un manquement volontaire à une règle écrite de discipline sociale. Elle constitue « *une défaillance inadmissible (dans une) situation qui mérite une attention soutenue, en raison des dangers ou des risques qu'elle génère* » (Y. Mayaud, *Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal* : D. 2000, chron. p. 603).

En matière médicale, c'est sur ce fondement que sont prononcées la quasi-totalité des condamnations de personnes physiques auteurs indirects de blessures ou d'homicides involontaires. Il est renvoyé sur ce point à la jurisprudence relative à la causalité indirecte.

2.1.1.4.3.3. La faute qualifiée et la faute détachable du service

Les fautes que les agents publics peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions et qui ont pour conséquence l'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne les exposent à des poursuites. La distinction entre faute détachable et non détachable du service est étrangère à la responsabilité pénale (**Crim., 14 décembre 1971, Bull. crim. 1971, n° 354, p. 892, pourvoi n° 71-91.774**). En revanche, au regard de la responsabilité civile, une infraction commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions n'est pas nécessairement une faute personnelle détachable des fonctions (**T. C., 14 janv. 1935, Thépaz, Rec. CE 224** ; S. 1935.17, note Alibert ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, éd. Dalloz, n° 52). Il résulte de la qualification de faute de service que l'action indemnitaire des victimes ne peut être exercée contre l'agent fautif - mais seulement contre la personne publique -, et qu'elle ne ressortit pas à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Les fautes non intentionnelles ne sont généralement pas considérées comme des fautes personnelles. Néanmoins, des négligences ou des imprudences d'une exceptionnelle gravité ont pu engager la responsabilité civile personnelle de leur auteur (pour l'intervention tardive d'un chirurgien de garde, auquel avait été signalé l'admission d'une patiente blessée accidentellement par une balle qui avait traversé l'abdomen, et qui, en repoussant l'opération au lendemain avait laissé se développer une péritonite septique qui avait causé le décès de la patiente par infection généralisée (**Crim., 25 mai 1982, Bull. crim. 1982, n° 134, pourvoi n° 80-95.056**).

Il ne semble pas qu'une faute caractérisée au sens de la loi du 10 juillet 2000 constitue nécessairement une faute personnelle. Il a ainsi été jugé qu'un médecin régulateur qui, à la suite d'un interrogatoire superficiel de l'épouse du malade, avait décidé d'envoyer sur place le médecin de quartier plutôt que l'une des trois ambulances du SAMU qui étaient alors disponibles, avait commis une faute caractérisée, indirectement à l'origine du décès de la victime par infarctus du myocarde, mais que cette imprudence n'était pas détachable du service, et n'engageait donc pas sa responsabilité civile personnelle (**Crim., 2 décembre 2003, Bull. crim. 2003, n° 226, p. 911, pourvoi n° 02-85.254**). A également été qualifiée de faute non détachable du service le comportement d'un médecin hospitalier, gynécologue obstétricien d'astreinte à son domicile, qui s'était borné à prescrire téléphoniquement l'administration de médicaments à une parturiente, en dépit des informations alarmantes fournies par la sage-femme, et qui n'avait rejoint son service qu'une heure et demi plus tard pour pratiquer une césarienne, alors que l'état de l'enfant était définitivement compromis (**Crim., 13 février 2007, Bull. crim., n° 45, p. 265, pourvoi n° 06-82.264**).

2.1.1.4.4. L'imputabilité

La question de l'imputabilité de l'infraction se pose dans les hypothèses de concours de fautes et spécialement en cas de défaillance d'une équipe médicale.

A pu être déclaré coupable d'homicide involontaire, concurremment avec deux chirurgiens, un gastro-entérologue, non chirurgien qui, en présence d'un patient atteint d'hémorragie digestive aiguë, n'a pas profité de l'arrêt momentané de l'hémorragie, provoqué par un caillot, pour prendre la décision d'opérer immédiatement le malade, alors que l'importance des transfusions déjà réalisées démontrait l'épuisement de cette ressource thérapeutique (**Crim., 5 avril 2005, pourvoi n° 04-85.503**).

La situation des internes donne lieu à une jurisprudence nuancée.

A la suite d'une thyroïdectomie pratiquée par un interne et un chirurgien, ces deux praticiens ont été rappelés au chevet du malade en raison d'une complication hémorragique. La décision de réaliser la reprise chirurgicale ayant été retardée, le patient est décédé des suites d'un hématome compressif de la trachée. A été cassé l'arrêt qui condamnait l'interne pour homicide involontaire sans répondre au moyen qui faisait valoir que la décision de réopérer appartenait au chirurgien et non à l'interne, dont l'article R. 6153-3 du code de la santé publique prévoit qu'il travaille sous son autorité (**Crim., 3 mai 2006, Bull. crim. 2006, n° 117, p. 433, pourvoi n° 05-82.591**). En revanche, l'interne de garde, qui, ayant pris connaissance des examens biologiques qui faisaient apparaître une hyperkaliémie majeure, se borne, sans consulter le médecin qui avait prescrit l'hospitalisation, ni son chef de service, à réduire la perfusion de potassium au lieu de l'interrompre et d'ordonner le transfert immédiat du patient dans une unité de soins intensifs, est pénalement responsable du décès de la victime (**Crim., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 02-81.872**).

- (1) Françoise Alt-Maes, « Les deux faces de l'information médicale », *Gaz. Pal.Dalloz* 1998, chr. p. 379 à 384, spéc. p. 380, n° 4) ; S. Hocquet-Berg « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.* 10 sept. 1998, p. 1121 à 1129
- (2) *RTD civ.*, juillet - septembre 2002, n° 3, p. 516-519, note P. Jourdain.
- (3) En effet, la loi n° 2002-1577 du 30 déc. 2002, dite loi About, interprétant le texte initial, prévoit en son article 3 que les règles relatives à l'indemnisation des accidents médicaux issues de la loi du 4 mars 2002 ne s'appliquent qu'« *aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisés 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* ».
- (4) Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JO 21 mai 1998 (art. 1386-1 à 1386-18 du Code civil), transposant la directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.