



HAL
open science

Responsabilité médicale et expertise : de la loi du Talion à la loi Kouchner

A. Léger, C. Manaouil, D. Montpellier, Marie-Laure Moquet-Anger, Philippe
Pierre

► To cite this version:

A. Léger, C. Manaouil, D. Montpellier, Marie-Laure Moquet-Anger, Philippe Pierre. Responsabilité médicale et expertise : de la loi du Talion à la loi Kouchner. *Médecine & Droit*, 2023, 2023 (178), pp.7-12. 10.1016/j.meddro.2022.11.003 . hal-04021351

HAL Id: hal-04021351

<https://hal.science/hal-04021351>

Submitted on 13 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Responsabilité médicale et expertise : de la loi du Talion à la loi Kouchner

Medical responsibility and expertise: from Talion law to Kouchner law

1. **Arnaud Léger**, Clinique de la Côte d'Émeraude, département d'anesthésie réanimation, 1 rue de la maison neuve, 35400 Saint-Malo, France ;
2. **Cécile Manaouil**, Centre hospitalo-universitaire d'Amiens site sud, Service de médecine légale et sociale, 1 rond-point du Professeur Christian-Cabrol, 80054 Amiens cedex 1, France ; Membre de la commission de conciliation et d'indemnisation de Picardie et de la commission nationale des accidents médicaux.
3. **Dominique Montpellier**, Centre hospitalo-universitaire d'Amiens site sud, département d'anesthésie réanimation, 1 rond-point du Professeur Christian-Cabrol, 80054 Amiens cedex 1, France ; Membre de la commission de conciliation et d'indemnisation de Picardie.
4. **Marie-Laure Moquet-Anger**, Faculté de Droit et de Science Politique - Université de Rennes 1, 9 Rue Jean Macé CS 54203, 35042 Rennes, France ; Professeur agrégé de droit public, Université de Rennes 1.
5. **Philippe Pierre**, Faculté de Droit et de Science Politique - Université de Rennes 1, 9 Rue Jean Macé CS 54203, 35042 Rennes, France ; Directeur de l'Axe Responsabilité / Sécurité de l'IODE (UMR CNRS 6262).

Auteur correspondant :

Arnaud Léger

Tel : 0672674201

email : univ@arnaudleger.com

Résumé

Malgré l'apparition dès l'ère mésopotamienne de la responsabilité médicale, une apparente impunité du médecin sera de mise jusqu'au XIX^{ème} siècle. En France, il faudra attendre les codes napoléoniens de 1804 et 1810 afin de dissocier clairement les responsabilités civile et pénale du médecin. Si la responsabilité pour faute reste aujourd'hui la règle en matière médicale, la notion de responsabilité sans faute introduite par révolution industrielle et la législation sur les accidents du travail a été reprise par la loi Kouchner de 2002. Elle ouvre définitivement la voie à une indemnisation statutaire et légale de l'accident médical non fautif au titre de la solidarité nationale via l'Office National d'Indemnisation des Accidents médicaux (ONIAM) et les Commissions de Conciliation et d'Indemnisation (CCI). L'expertise en responsabilité médicale est aujourd'hui le pivot du processus d'indemnisation des victimes. Elle oriente le magistrat dans la reconnaissance d'une responsabilité médicale fautive ou non fautive et l'aide à fixer le montant de l'indemnisation allouée au regard du dommage corporel.

Mots clefs : *responsabilité médicale, expertise médicale, responsabilité sanction, responsabilité indemnitaire, responsabilité sans faute.*

Abstract

Despite the appearance from the Mesopotamian era of medical responsibility, an apparent impunity of the doctor will be in place until the 19th century. In France, it will be necessary to wait for the Napoleonic codes of 1804 and 1810 in order to clearly dissociate the civil and criminal responsibilities of the doctor. If liability for fault remains the rule in medical matters today, the concept of liability without fault introduced by the industrial revolution and the legislation on industrial accidents was taken up by the Kouchner law of 2002. It definitively opens the way to a statutory and legal compensation for non-faulty medical accidents under national solidarity via the National Office for Compensation for Medical Accidents (ONIAM) and the Conciliation and Compensation Commissions (CCI). Expertise in medical liability is now the backbone of the victim compensation process. It guides the magistrate in the recognition of faulty or non-faulty medical liability and helps him to set the amount of compensation allocated with regard to bodily injury.

Keywords : *medical liability, medical expertise, sanction liability, indemnity liability, liability without fault.*

I. Introduction

L'expertise en responsabilité médicale telle que nous la connaissons aujourd'hui est le fruit d'un long processus évolutif, médical et juridique, faisant cohabiter ces deux disciplines. La qualité du processus expertal est fondamentale pour les parties. Elle est impactée par de multiples facteurs, intrinsèques et extrinsèques, liés à la fois aux compétences des experts et à la qualité du travail des magistrats qui les désignent. Pour comprendre les problématiques de ce sujet, il est important de s'attacher à l'histoire et à l'évolution de la responsabilité médicale et de l'expertise.

II. L'irresponsabilité du médecin dans l'histoire

« On peut gâter un homme sans qu'il en coûte rien. Les bévues ne sont point pour nous, et c'est toujours la faute de celui qui meurt. Enfin le bon de cette profession est qu'il y a parmi les morts une honnêteté, une discrétion la plus grande du monde ; et jamais on n'en voit se plaindre du médecin qui l'a tué »[1]. Dans cet extrait du « Médecin malgré lui », Molière retranscrit le sentiment populaire de l'irresponsabilité du médecin dans la France du XVII^e siècle. Cette réplique laisse songeur le médecin de notre époque, sensibilisé dès le début de ses études au risque de mise en cause de sa responsabilité. Pourtant, l'irresponsabilité du médecin a été de mise durant de longs siècles.

Dans la Rome antique, le médecin était également prêtre. Il était entouré d'un respect quasi religieux. Son impunité était de coutume comme en témoigne Pline l'Ancien (23 à 79 apr. J.C.) : *« ils s'instruisent à nos risques et dépens ; la mort des hommes est pour eux une série d'expériences ; seuls ils jouissent du privilège de tuer les hommes impunément »*[2]. On dit souvent que la médecine est un sacerdoce, ce qui étymologiquement signifie *« fonction sacrée »*. Au XVI^e siècle, Ambroise Paré écrivait *« Je le pensai, Dieu le guéri »*. Longtemps, par le prisme de la religion catholique, la mort était dans l'ordre naturel des choses. Le médecin luttait contre les « forces occultes du mal » et son activité relevait plus du surnaturel que de la science. Le praticien n'avait pas à répondre de ses actes devant les hommes mais devant Dieu. Le contact physique entre le médecin et le malade étant prohibé, le lien de causalité entre son acte et la survenue d'un dommage était difficile à matérialiser. L'acte médical « matériel » était réalisé par le barbier, ancêtre du chirurgien. La responsabilité de ce dernier était souvent engagée à l'inverse de celle du médecin. L'activité du barbier-chirurgien, portant atteinte au corps humain, était considérée par l'Église catholique comme de second ordre. Elle exclura d'ailleurs les barbiers-chirurgiens de ses Universités. Ainsi, en France, les

premiers arrêts mettant en œuvre la responsabilité médicale datent du XV^e siècle et concernent quasiment tous les interventions des barbiers-chirurgiens. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la mise en œuvre de la responsabilité des médecins est exceptionnelle. Il faudra attendre un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1835, l'arrêt Thouret-Noroy (du nom du médecin) aussi connu sous le nom d'arrêt Guigne (du nom du malade), pour voir la première condamnation d'un médecin au titre de la responsabilité médicale[3].

Malgré cette apparente impunité des médecins dans l'histoire, de nombreux textes ou codes faisant état d'une mise en cause de la responsabilité médicale ont été retrouvés. Les premières traces remontent à l'antiquité, aux prémices de l'écriture humaine. En France, jusqu'au code civil napoléonien de 1804, les responsabilités pénale et civile du médecin étaient confondues. Dans l'histoire, la responsabilité médicale à type de sanction fût longtemps privilégiée même si la responsabilité médicale indemnitaire existait et devint par la suite prépondérante[3–5].

III. Les origines de la responsabilité médicale

A. La responsabilité médicale de type sanction

En Mésopotamie du sud, la plus ancienne trace de responsabilité médicale à type de sanction est illustrée par le code d'Hammourabi (vers -1792/-1750 av. J.C.). Il propose un système compensatoire du dommage, basé sur une sanction de l'auteur de la faute, via la loi du Talion (« œil pour œil et dent pour dent »). Dans le nord de la Mésopotamie, les lois assyriennes (vers -1200/-1300 av. J.C.) ressemblent au code d'Hammourabi mis à part une déconsidération de la femme qui peut subir une sanction sans la proportionnalité du Talion. En Égypte antique, des écrits regroupant les bonnes pratiques médicales apparaissent dans les « registres salutaires » que les prêtres inséreront ensuite dans un code nommé « livre sacré ». Le roi perse Darius (-522 à -486 av. J.C.) fait également rédiger un code des bonnes pratiques médicales. Dans les deux exemples précédents, le respect de ces textes entraînait l'irresponsabilité des médecins, peu importe le résultat du traitement. En revanche, le non respect de ces codes était puni de sanctions allant jusqu'à la peine de mort, quelle que fut l'issue de la maladie. La liberté des médecins dans l'exercice de leur art restait très limitée et leur responsabilité était engagée, principalement à risque de sanction[6].

En Grèce antique furent appliqués le droit de vengeance et la loi du Talion. Les peines encourues étaient laissées à la libre appréciation du juge jusqu'à l'apparition du code de Zaleucos (vers -663 av. J.C.) qui fixe, à la manière du code pénal actuel, les peines encourues

en fonction des fautes commises.

En droit romain, les médecins pouvaient être punis pour leur négligence. La *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis* énumère toute une série de crimes relatifs à l'art médical avec de nombreuses dispositions pénales s'appliquant aux praticiens. Par ailleurs, la loi romaine dite des 12 tables (vers -451 av. J.C.), *Lex Duodecim Tabularum*, n'autorise l'application du Talion qu'en cas d'échec de l'accord amiable des parties. Elle donne ainsi priorité absolue à un accord amiable, sans guide barémique. Les invasions barbares introduisent de nouvelles règles de droit mais c'est bien le principe de sanction du médecin qui persiste en matière de responsabilité médicale. Ainsi chez les Ostrogoths, en cas de décès du patient, le médecin est mis au service de la famille du défunt qui peut également le tuer. Des peines corporelles sont infligées suivant le même principe que la loi du talion.

En chine, le *Ta-Tsing-leu-lée*, code appliqué de 1644 à 1931, propose uniquement des compensations basées sur des sanctions allant d'un coup de bambou à la peine capitale par strangulation ou décapitation. Le Moyen Age occidental connaît aussi son lot de condamnation de praticiens, avec les mises à morts des médecins du Pape Jean XXII (1249-1334) et de Laurent de Médicis (1449-1492), pour mauvaise médication.

En Europe, du XIII^e siècle jusqu'à la révolution française, très peu de documents significatifs connus abordent la réparation du dommage corporel. Du XVI^e au XVIII^e siècles, la doctrine était divisée sur la question de savoir si les médecins devaient encourir une responsabilité pénale ou civile[6]. Si certains auteurs comme Ferrière ou Domat étaient attachés au principe de responsabilité civile du médecin, d'autres, comme Berault-Godefroy, restaient fixés sur le principe de responsabilité pénale. En 1556, Henri II rédigeât un édit déclarant que « *sur la plainte des héritiers des personnes décédées par la faute des médecins, il en serait informé et rendu justice comme de tous autres homicides* ». Par la suite, ni les textes révolutionnaires, ni même le Code Pénal de 1810 ne contiennent de dispositions relatives aux sanctions pénales de la responsabilité médicale.

Depuis les origines de la civilisation, la sanction du médecin a souvent été prononcée pour réparer le dommage corporel du malade. Pourtant, parallèlement à ce principe, les prémices d'une idéologie indemnitaire pour réparation du dommage corporel apparaissent dès l'antiquité[3-5].

B. La responsabilité médicale de type indemnitaire

Bien avant le code d'Hammourabi, la responsabilité médicale de type indemnitaire existe

dans le sud de la Mésopotamie. En témoigne le code d'Ur-Nammu, rédigé à la demande du roi éponyme (vers -2100/-2050 av. J.C.). Ce code propose une réparation du dommage corporel des malades par une compensation financière. Cette idéologie occulte toute sanction par mutilation en proposant une monétisation du dommage.

En droit judéo-araméen, le traité du *baba kama* prévoit une réparation proche de notre système actuel. Elle est basée sur l'indemnisation de postes de préjudices tels que *le Shevet* (perte de revenu pendant la récupération de la blessure subie) ou *le Ripouy* (coût des frais médicaux).

En droit coranique, la *chari'a* (« *chemin pour respecter la loi* ») ne se limite pas à la responsabilité de sanction connue en raison de la sévérité de ses châtiments. Elle fixe également un tarif compensatoire en fonction de la faute commise. Pour exemple, un homicide vaut le tarif de 100 chameaux payable en 1 an à la victime.

L'empire byzantin applique un droit issu de la tradition romaine. Le *code de Justinien* (vers 527) crée un système d'indemnisation ressemblant au *baba kama* du droit juif.

Avec Charlemagne et la refonte des droits de l'Europe occidentale, les lois barbares disparaissent, laissant place à une multitude de barèmes d'indemnisation très précis. Cette approche de la réparation du dommage corporel est bien illustrée par la loi Gombette (501 apr. J.C.) ainsi que par les lois franques, salique et ripuaire (6^e au 7^e siècles apr. J.C.). La loi salique supprime totalement la loi du Talion tandis que la loi ripuaire constitue un mélange entre loi salique et gombette avec une alternance de responsabilité sanction et indemnitaire. Les responsabilités pénale et civile du médecin évoluent donc en parallèle depuis l'antiquité. En France, il faudra pourtant attendre la période révolutionnaire et le premier Empire pour que le droit indemnitaire se dissocie du droit pénal^{1,2}.

III. Le principe de la responsabilité médicale pour faute

Le Code civil napoléonien de 1804 va définitivement dissocier les fautes pénales, passibles de sanctions pour l'auteur de la faute, et les fautes civiles, entraînant une indemnisation de la victime par l'auteur de la faute. Ce texte subordonne l'indemnisation de la victime à l'existence d'une faute prouvée. La faute comprend un élément objectif, la violation d'une règle, et un élément moral, un jugement de valeur sur une conduite humaine.

¹ NAPOLÉON ET AL., *Code civil des Français de 1804*, Paris, Imprimerie de la république, 1804.

² NAPOLÉON ET AL., *Code des délits et des peines (Code pénal napoléonien de 1810)*, Imprimerie de la république, 1810.

Il faut attendre la fin du XX^e siècle pour que l'élément moral, rémanence de l'amalgame que l'on faisait au Moyen Âge entre faute et péché, n'ait plus sa place dans le droit de la responsabilité civile. L'article 1382 du Code civil de 1804 (« *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ») prévoit la réparation intégrale du dommage corporel et place ainsi la victime au centre du processus de responsabilité médicale³. Or, jusqu'au milieu du XX^e siècle, le paternalisme médical est de mise et la responsabilité du médecin n'est presque jamais mise en cause. Même si l'arrêt Thouret-Noroy/Guigne de la Cour de cassation de 1835 précise bien la responsabilité délictuelle du médecin[7], cette dernière reste rarement engagée comme en témoigne Charles Nicolle, prix Nobel de médecine en 1928 : « *Les médecins reçoivent mission de veiller sur la santé des hommes. La sagesse est de s'en remettre à eux* ». En 1936, l'arrêt dit Mercier de la Cour de cassation marque une rupture⁴. Il introduit la notion de relation contractuelle entre le médecin et son patient. Ce contrat, nommé « contrat médical », est conclu *intuitu personae* rendant unique chaque relation médecin patient et impliquant une relation de nécessaire confiance. Il est également synallagmatique et comporte des obligations réciproques à la charge des parties. Dès lors, le médecin engage sa responsabilité contractuelle lorsqu'il exerce son art. Pour les situations hors contrat (intervention en urgence, patient inconscient), il continue d'engager sa responsabilité délictuelle. Elle diffère notamment en matière de délai de prescription de la faute. Ce régime de responsabilité basé sur le contrat va persister jusqu'à la loi du 4 mars 2002⁵. La loi Kouchner fait disparaître la dichotomie contractuelle et délictuelle de l'arrêt Mercier, en créant un régime de responsabilité médicale légal et statutaire[8]. Il est inscrit dans le Code de la Santé Publique (CSP), le code de déontologie médicale étant intégré à cette occasion à la partie réglementaire du CSP (articles R4127-1 à R4127-112). Pour autant, la loi du 4 mars 2002 reprend les grands principes du contrat médical de l'arrêt Mercier. Le médecin, librement choisi par le patient⁶, s'engage à prodiguer des soins consciencieux, dévoués et conformes aux données acquises de la science⁷, après avoir informé le patient⁸ et recueilli son consentement éclairé⁹. En contrepartie, le patient s'engage à collaborer avec le médecin, sans mentir ou dissimuler son état de santé. Il s'engage également à suivre les

³ Code civil - Article 1382, *Code civil*, 1382, 1804.

⁴ *Cour de cassation, Civ., 20 mai 1936, Mercier.*

⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

⁶ Article R4127-6 – Code de la santé publique.

⁷ Article R4127-32 - Code de la santé publique.

⁸ Article R4127-35 - Code de la santé publique ; Article L1111-2 - Code de la santé publique.

⁹ Article R4127-36 - Code de la santé publique ; Article L1111-4 - Code de la santé publique.

prescriptions qui lui sont délivrées et à rémunérer le praticien. Il est interdit au médecin d'abaisser ses honoraires dans un intérêt de concurrence¹⁰. La relation médecin-patient s'inscrit désormais dans une relation de confiance, qualifiée par certains de « contrat de confiance ». Au cours du XXe siècle, cette relation de confiance entre le médecin et son patient a fortement évolué. Nous avons assisté à la désacralisation de la fonction médicale et les progrès techniques ont considérablement augmenté les chances de guérison des malades. Tous ces éléments auraient pu laisser présager une quasi-disparition des recours des patients contre les médecins. Au contraire, la réparation du dommage corporel n'a jamais été autant recherchée par les patients. Dès la révolution industrielle, le principe de la responsabilité pour faute s'est heurté à celui de la réparation intégrale du dommage corporel, faisant émerger la problématique de la protection de la créance d'indemnisation de la victime. Cette époque marque la naissance du principe de responsabilité sans faute en matière d'indemnisation du dommage corporel[3-5].

IV. L'émergence d'une responsabilité médicale sans faute

Afin de respecter l'article 1240 du Code civil (anciennement article 1382 du Code Civil, jusqu'au 1^{er} octobre 2016) et d'éviter qu'une victime ne puisse être indemnisée en l'absence de faute, la doctrine a élaboré la théorie du risque-profit admettant l'idée d'une responsabilité sans faute dite objective. Cette théorie, élaborée par Raymond Saleilles et Louis Josserand en 1897, vient répondre à la problématique des dommages causés par des machines sur les travailleurs de la fin du XIX^e siècle. Elle aura une influence majeure sur la jurisprudence et la législation, avec la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. Ce texte attribue de plein droit la responsabilité à l'employeur avec une indemnisation automatique sans avoir à démontrer de faute de ce dernier. L'assurance en responsabilité civile s'est alors considérablement développée afin de socialiser le risque, en le transférant de l'individuel au collectif. Les risques sont répartis sur une collectivité, la communauté nationale ou une mutualité d'assurés gérée par un assureur, et non sur un seul individu. Ce n'est plus la faute de l'assuré qui importe mais ses conséquences sur la victime. L'assurance acquiert ici, outre la fonction économique, une fonction sociale. Elle pallie l'insolvabilité du responsable pour garantir la réparation du dommage[9]. C'est dans cet esprit qu'émerge la loi du 5 juillet 1985, dite Badinter, relative à l'indemnisation des accidents de la circulation. Elle instaure, au sein du droit commun de la responsabilité civile, un régime de responsabilité objective, sans

¹⁰ Article R4127-67 - Code de la santé publique.

recherche d'un coupable, sans égard à la faute. Au début du XXI^e siècle, ce principe de responsabilité sans faute est repris en matière médicale par la loi Kouchner du 4 mars 2002. Elle met en place un régime de responsabilité spécifique applicable aux dommages causés par des actes de prévention, de diagnostic ou de soins¹¹. Elle distingue les dommages secondaires à une faute ou sans faute. Même si elle rappelle que le principe de la responsabilité médicale reste la responsabilité pour faute, elle reprend le principe de la jurisprudence administrative de l'arrêt Bianchi du Conseil d'État (CE) de 1993¹². Elle admet ainsi l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, dans certaines conditions. La loi du 4 mars 2002 prévoit ainsi la prise en charge, au titre de la solidarité nationale, de différents dommages liés à l'activité médicale en l'absence de faute ou pour faute présumée (dommages liés aux accidents médicaux, infections nosocomiales et affections iatrogènes graves). Cette solidarité nationale est assurée par la création des Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation (CRCI) devenues Commissions de Conciliation et d'Indemnisation (CCI), et de l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM)[10]. La création des CCI ouvre une perspective d'indemnisation extra-judiciaire pour les victimes d'accidents médicaux avec un règlement amiable. En 2022, selon son mode d'exercice, le médecin est soumis à différents régimes de responsabilité régis par différentes règles de droit, restant essentiellement basés sur l'existence d'une faute. La victime peut quant à elle prétendre à des voies d'indemnisation judiciaire et extra-judiciaire, en présence d'une faute ou en l'absence de faute sous certaines conditions.

V. La responsabilité médicale du XX^{ème} au XXI^{ème} siècle

« *L'expert est celui qui en sait de plus en plus sur de moins en moins* », Nicholas Murray Butler. Cette citation du siècle dernier n'a jamais été autant d'actualité. Depuis le XX^e siècle, la médecine n'a cessé de se spécialiser. Pour exemple, jusqu'aux années 1950, l'anesthésie était pratiquée par le chirurgien assisté d'un membre du corps infirmier[11]. Les chirurgiens étaient eux-mêmes le plus souvent généralistes et pouvaient intervenir sur le corps entier. Aujourd'hui, la médecine est divisée et cloisonnée en spécialités enseignées au sein de Diplômes d'Études Spécialisées (DES). On décompte 44 DES en 2022, au sein desquels il existe des sur-spécialisations enseignées par des options et formations spécialisées

¹¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *op. cit.*, pp. 2002-2303.

¹² Conseil d'État, Assemblée, du 9 avril 1993, 69336, publié au recueil Lebon

transversales (FST) mais aussi des Diplômes Universitaires (DU)¹³. Ainsi, certains chirurgiens orthopédistes n'interviennent que sur les membres supérieurs quand d'autres n'opèrent que les membres inférieurs. Cette évolution est probablement à l'origine, ou la conséquence, de l'apparition d'une quasi-obligation de résultat en matière chirurgicale. La jurisprudence impose au chirurgien, depuis les années 2000, une obligation de précision millimétrique^{14,15,16,17}. C'est une entorse à l'obligation de moyens normalement exigée en matière de responsabilité médicale^{18,19}. Aujourd'hui, le médecin est soumis dans sa pratique au respect d'un certain nombre d'exigences légales et réglementaires. Elles figurent dans le CSP, dans les dispositions de la loi du 4 mars 2002 et dans le code de déontologie médicale intégré à la partie réglementaire du CSP depuis 2004. Le médecin est également soumis aux décisions jurisprudentielles. Elles contribuent à dire le droit et ont considérablement fait évoluer les obligations du médecin et la mise en œuvre de sa responsabilité. Pour exemple, l'arrêt Hédreul de la Cour de cassation de 1997 renversera la charge de la preuve du devoir d'information du patient vers le médecin²⁰, ce qui a été repris par la loi du 4 mars 2002 à l'article L 1111-2 du code de la santé publique. À l'inverse, le législateur n'entérine pas toujours la jurisprudence. L'indemnisation d'un enfant au préjudice d'être né handicapé par la Cour de cassation²¹ fût ainsi limitée par la loi du 4 mars 2002 prévoyant uniquement l'indemnisation de ses parents.

La jurisprudence de la Cour de cassation a depuis longtemps affirmé le principe de responsabilité pour faute du médecin, que ce soit dans l'arrêt Thouret-Noroy/Guigne de 1835, dans l'arrêt Mercier de 1936, ou encore dans l'arrêt du 8 novembre 2000^{22,23} [7]. La loi du 4 mars 2002 a fini par légiférer ce principe à l'article L.1142-1 du CSP. Ainsi les professionnels de santé, comme les établissements de santé, ne sont responsables des dommages liés à leur

¹³ Arrêté du 21 avril 2017 relatif aux connaissances, aux compétences et aux maquettes de formation des diplômes d'études spécialisées et fixant la liste de ces diplômes et des options et formations spécialisées transversales du troisième cycle des études de médecine.

¹⁴ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 18 septembre 2008, 07-12.170, Publié au bulletin.*

¹⁵ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 mars 2013, 12-13.900.*

¹⁶ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 26 février 2020, 19-13.423 19-14.240.*

¹⁷ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 23 mai 2000, 98-19.869, Publié au bulletin.*

¹⁸ *Cour de cassation, Civ., 20 mai 1936, Mercier.*

¹⁹ Article L1142-1-1 - Code de la santé publique.

²⁰ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1997, 94-19.685, Publié au bulletin.*

²¹ *Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Publié au bulletin, dit Arrêt Perruche.*

²² *Cour de cassation, Civ., 20 mai 1936, Mercier.*

²³ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 novembre 2000, 99-11.735, Publié au bulletin*

activité qu'en cas de faute²⁴. Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 s'appliquent quel que soit le mode d'exercice du médecin. Elles ont diminué les différences jurisprudentielles qui existaient entre les secteurs public et privé. Pour exemple, la loi a uniformisé le délai de prescription pour rechercher la responsabilité du médecin. Elle l'a porté à dix ans à compter de la consolidation du dommage, alors qu'il était auparavant de quatre ans dans le secteur public, de 30 ans en responsabilité contractuelle et de dix ans en responsabilité délictuelle dans le secteur privé. Pour autant, la loi du 4 mars 2002 n'a pas supprimé la dichotomie droit administratif et droit civil en matière de responsabilité médicale. Les juridictions civiles restent compétentes à l'égard des professionnels de santé exerçant leur activité à titre libéral, les juridictions administratives connaissent des fautes commises par les agents des établissements publics de santé. Les juridictions pénales sont compétentes à l'égard de tout praticien, quel que soit son statut. Les juridictions disciplinaires peuvent prononcer des sanctions professionnelles en cas de manquements aux règles déontologiques, indépendamment du statut du médecin. La loi du 4 mars 2002 a rendu obligatoire l'assurance en responsabilité médicale. En réalité, les professionnels de santé exerçant leur activité à titre libéral étaient déjà quasiment tous assurés contre ce risque. En effet, ils répondent eux-mêmes de leur responsabilité civile et de celle des personnes placées sous leur contrôle, par le principe de la responsabilité civile du fait d'autrui. La loi du 4 mars 2002 ne fait pas état de cette dernière qui est toujours sous le joug du code civil²⁵. Sur ce même principe, la responsabilité des fautes commises par un médecin salarié d'un établissement de santé privé est assumée par ce dernier, malgré l'indépendance professionnelle du médecin²⁶. La Cour de cassation a rappelé ce principe dans un arrêt du 9 novembre 2004²⁷, à la condition que le salarié ait agi dans les limites de la mission qui lui était impartie. Concernant les établissements de santé publics, ils assument en principe la responsabilité des médecins salariés, sauf en cas de faute détachable du service public. La faute strictement personnelle du praticien reste exceptionnelle et n'a jamais été appliquée à une faute technique, mais uniquement à des fautes éthiques^{28,29}. Bien entendu, les fautes pénales et disciplinaires engagent la responsabilité personnelle de leurs auteurs, qu'ils soient libéraux ou salariés. Elles ne sont pas assurables à l'inverse des fautes civiles ou administratives. Au regard de ces

²⁴ Article L1142-1 - Code de la santé publique.

²⁵ Article 1242 - Code civil.

²⁶ Article R4127-5 - Code de la santé publique.

²⁷ *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 novembre 2004, 01-17.908, Publié au bulletin.*

²⁸ *Conseil d'Etat, 5 SS, du 4 juillet 1990, 63930, mentionné aux tables du recueil Lebon*

²⁹ *Conseil d'Etat, 4 / 6 SSR, du 28 décembre 2001, 213931, publié au recueil Lebon.*

éléments, nous comprenons aisément les questions financières qui découlent de l'engagement de la responsabilité médicale, que ce soit pour les assurances de médecins libéraux ou celles des établissements de santé. La dotation fixée chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) allouée à l'ONIAM pour l'indemnisation des dommages secondaires aux accidents médicaux non fautifs, aux infections nosocomiales et aux affections iatrogènes graves, a progressé depuis sa création en 2002 et varie entre 130 et 155 millions d'euros ces trois dernières années.

Parallèlement aux enjeux éthiques et juridictionnels, l'enjeu financier de la responsabilité médicale est majeur. En France, c'est l'Observatoire des Risques Médicaux (ORM), placé près de l'ONIAM, qui analyse les dépenses liées au risque médical. Son rapport basé sur les données de 2009 à 2014 rapporte une charge globale du risque médical d'environ 1 milliard 91 millions d'euros sur cette période, soit une moyenne de 180 millions d'euros par an. Ce montant est assumé à 63% par les assureurs des professionnels et des établissements de santé et à 35,5% par l'ONIAM (le reste étant à la charge de l'Assistance publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP) qui est son propre assureur)[12]. Le montant des indemnisations versées aux victimes d'accidents médicaux par l'ONIAM ne cesse de croître. En 2021, 95% des offres d'indemnisation proposées par l'ONIAM ont été acceptées et versées aux victimes, soit environ 157 millions d'euros. Chaque année en France, environ cent mille expertises judiciaires sont demandées en matière médicale³⁰. Très peu d'informations sont accessibles et vérifiables concernant le coût global de ces expertises et la rémunération des experts. En 2021, l'ONIAM a vu revaloriser son budget alloué aux experts intervenants pour la CCI, représentant une hausse de 4,8 millions d'euros pour une revalorisation de l'expertise de 700 à 900 euros[13].

En matière de responsabilité médicale, les enjeux humains sont considérables. Pour les victimes, dont la vie peut être transformée, au plan matériel, en fonction de l'indemnisation ou non de leurs préjudices. Pour les professionnels mis en cause, de par la charge morale et financière que peuvent représenter une procédure judiciaire et la reconnaissance ou non d'une faute médicale. Cela est particulièrement vrai pour les médecins libéraux, directement exposés, quand leurs confrères salariés sont « protégés » par l'engagement de la responsabilité administrative ou civile de l'établissement de santé (public ou privé) qui les emploie. Les chiffres des rapports de l'assurance MACSF sont un bon reflet du secteur libéral car cette dernière assure environ 140 000 médecins libéraux. Parmi les médecins assurés auprès de la

³⁰ Proposition de loi du Sénat N°384 du 25 janvier 2022 visant à inciter l'expert médical à déclarer ses intérêts pour prévenir d'éventuels conflits.

MACSF en 2020, le taux de sinistralité (ratio financier entre le montant des sinistres à dédommager et celui des primes encaissées) des médecins généralistes était de 0,77 % alors que celui des neurochirurgiens était de 66,38 %[14]. En résulte une grande variabilité des polices d'assurance des médecins selon leur secteur d'activité et leur spécialité. Pour exemple, la police d'assurance en responsabilité civile médicale d'un médecin généraliste libéral est de l'ordre de 360 à 500 euros par an, alors que celle d'un neurochirurgien libéral est de 22 000 à 35 000 euros par an[3]. Concernant le secteur hospitalier, l'assureur principal des établissements est la SHAM. Elle assure 60 % des lits d'hospitalisation français et 70% des lits d'hospitalisation du secteur public. Selon les données publiées par cet assureur à propos des années 2010 à 2014, les plaintes administratives et judiciaires ont augmenté de 19 %, dont 57,2 % d'entre elles concernant la responsabilité médicale[3,15]. Selon le rapport de 2018 de la SHAM, le nombre de réclamations par le biais d'une saisine auprès d'une CCI s'élève à 2 607, un chiffre stable comparé à l'année 2017. Ces réclamations représentent 39,5 % de l'ensemble des réclamations présentées à SHAM au cours de l'année 2018[15]. La charge mentale de la procédure judiciaire n'est pas anodine sur le corps médical et fait courir le risque d'une « médecine défensive » dans laquelle les praticiens sont davantage soucieux d'éviter un contentieux que de prodiguer des soins consciencieux. Pour autant, ce « risque médico-légal » est aussi une stimulation certaine pour le médecin de mettre à jour ses connaissances, devoir déontologique qui lui incombe³¹. L'évolution des règles de droit s'appliquant à la responsabilité médicale, tout comme les conséquences humaines et financières de l'engagement de cette responsabilité, expliquent l'importance du contentieux dans ce domaine. Pour les magistrats, la technicité élevée de la médecine rend incontournable l'éclairage par des médecins experts.

VI. La conséquence de l'engagement de la responsabilité du médecin : l'expertise de responsabilité médicale

Le mot expert, issu du latin *expertus*, signifie « éprouvé, qui a fait ses preuves ». Cet adjectif désigne un individu expérimenté qui a acquis par la pratique une compétence et une habileté[16,17]. L'expert se caractérise par la détention d'un savoir spécifique de compétences techniques et/ou méthodologiques, mises au service d'une action en réponse à une demande sociale, politique, publique ou privée[18]. L'expertise médicale est certes ancienne, mais bien moins que la notion de responsabilité médicale que nous avons

³¹ Article R4127-11 - Code de la santé publique.

développée précédemment. Pendant longtemps, les juges ont rendu leurs décisions sans l'aide d'avis techniques. Dans l'empire Byzantin, le droit issu des lois romaines laissait au demandeur le devoir d'évaluer son dommage, le juge pouvant accorder ou non cette somme, ou la minorer[5].

En matière pénale, dans la France du XVI^e au XVIII^e siècles, l'impéritie comme le dol du médecin ne se présument jamais. Dans la plupart des cas, le juge pénal se prononçait sur la responsabilité des médecins à partir de rapports d'experts désignés. Les décisions des juges de l'époque font état de « *médecine trop forte* », de remède « *téméraire* » ou « *inconsidéré* », ou encore de « *médecin hasardeux, digne de peine* ». Pour condamner au titre de la responsabilité médicale, les magistrats exigeaient déjà un lien de causalité entre l'intervention du médecin et le décès du patient. Ils avaient dès lors à cet égard un pouvoir d'appréciation souverain. Cependant, la jurisprudence de l'époque dont nous disposons laisse penser que les décisions pénales étaient peu sévères à l'égard des médecins[4].

En matière de responsabilité médicale civile, Henri IV prescrivit dans un édit de janvier 1606 que « *son premier médecin commettrait dans les villes, bourgs et lieux du royaume, un ou deux chirurgiens pour assister aux visites et rapports qui se feraient par ordonnance de justice et autrement* ». C'est la toute première trace de désignation judiciaire civile d'un expert médecin en France.

Au début du XIX^e siècle, la codification des droits civils et pénaux s'accompagne d'une codification des procédures. Ce sera la création de l'expertise judiciaire, définie comme une « *mesure d'instruction* », dans laquelle un « *technicien* », mandaté par un juge, doit répondre à des « *questions de fait* » par un rapport conclu par un avis³². Les listes de médecins experts près des tribunaux apparurent à la fin du XIX^e siècle, à la suite d'une loi du 30 novembre 1892. Plus récemment, une loi de 1957 a prévu, en matière pénale, l'élaboration de listes d'experts établies par les cours d'appel et par le bureau de la Cour de cassation. La loi n°71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires a prévu l'établissement de listes d'experts en matière civile. Les listes en matières civile et pénale ont ainsi été fusionnées par cette loi de 1971^{33,34}. En 2004, une réforme générale de l'expertise est portée par le ministère de la

³² Nouveau Code de Procédure Civile; Chapitre V : Mesures d'instruction exécutées par un technicien. (Articles 232 à 284-1).

³³ SÉNAT, *Projet de loi réformant le statut de certaines professions judiciaires, des experts judiciaires et des conseils en propriété industrielle, 2004* - <https://www.senat.fr/rap/102-226/102-22613.html>.

³⁴ Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.

justice, son décret d'application³⁵ renforçant le processus de sélection des experts missionnés par les juridictions dans l'ensemble des matières, dont l'expertise en responsabilité médicale³⁶ [19]. En tant qu'auxiliaire du magistrat qui le désigne, l'expert participe aux activités juridictionnelles durant le temps de sa mission. À ce titre, il est soumis à quelques grands principes procéduraux dont l'obligation de réserve, équivalent au civil du secret de l'instruction pénale. De même, il est soumis au respect du caractère contradictoire des opérations. L'expertise en contentieux extrajudiciaire et amiable via les CCI réserve une déontologie aussi exigeante que celle des experts judiciaires.

VII. Conclusion

La pratique actuelle de l'expertise de responsabilité médicale est le fruit d'une longue évolution juridique. Si l'existence d'une responsabilité médicale est ancienne, les conséquences de son engagement par sanction ou indemnisation le sont tout autant. L'émergence des procédures expertales telles que nous les connaissons aujourd'hui est plus récente, apparaissant au début du XIX^{ème} siècle. La loi Kouchner de 2002 a réaffirmé la logique d'une réparation des préjudices liés à la responsabilité médicale non fautive. La solidarité nationale est ainsi chargée d'indemniser les accidents médicaux non fautifs aux conséquences graves et anormales, complétant l'indemnisation de la responsabilité pour faute par l'assurance du médecin. L'évaluation de l'étendue des préjudices et de l'engagement de la responsabilité médicale rend ainsi le rôle des experts central dans le processus d'indemnisation des victimes.

VIII. Déclaration de liens d'intérêts

Les auteurs déclarent ne pas avoir de liens d'intérêts.

³⁵ Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, *2004-1463*, 23 décembre 2004.

³⁶ Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

Références

- [1] Molière, *Le Médecin malgré lui*, Larousse, Paris, 1990.
- [2] Pline l' Ancien, *Histoire naturelle*. Livre XXIX, 1962.
- [3] Eric Baccino et col., *Manuel d expertises médicales*, Sauramps Medical, 2020.
- [4] L. Demont, 4 000 ans de responsabilité pénale médicale, *Revue Juridique de l'Ouest*. 12 (1999). <https://doi.org/10.3406/juro.1999.2532>.
- [5] M. Faisant, F. Papin-Lefebvre, P. Laburthe-Tolra, C. Rougé-Maillart, Histoire des barèmes médico-légaux en dommage corporel, partie 1 : histoire de la réparation du dommage corporel depuis l'antiquité jusqu'à l'époque moderne, *La Revue de Médecine Légale*. 4 (2013). <https://doi.org/10.1016/j.medleg.2013.10.005>.
- [6] Edouard Hû, *Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans notre droit actuel*, Thèse de Droit, Faculté de Paris, 1880.
- [7] S. Bauzon, Aux origines du biodroit : la responsabilité médicale délictuelle (1835-1936), in: *La personne biojuridique*, Presses Universitaires de France, Paris cedex 14, 2006: p. 71 à 81.
- [8] Marie-Laure Moquet-Anger, *Droit hospitalier*, 6e ed., LGDJ, 2021.
- [9] R. Bigot, A. Cayol, D. Noguéro, *Le droit des assurances en tableaux*, Ellipses, Paris, 2020.
- [10] P. Lucas, *Histoire de la réparation des préjudices corporels: de la vengeance à l'indemnisation sans égard à la responsabilité*, 2020.
- [11] A. Lienhart, *Anesthésie, analgésie, réanimation, Samu: notre histoire, de 1945 aux années 2000*. Tome 1, Ed. Glyphé, Paris, 2014.
- [12] Observatoire des Risques Médicaux, *Rapport d'Activité de l'Observatoire des risques médicaux - Période 2009 à 2014*, 2015. <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/observatoire-des-risques-medicaux>.
- [13] ONIAM, *Rapport d'activité* - <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>, 2012.
- [14] *Responsabilité médicale : le rapport 2021 de la MACSF marqué par la crise sanitaire*.
- [15] SHAM, *Chiffres clés du risque médical en Établissements - Bilan 2019*, <https://www.sham.fr/presse/communiqués-de-presse/chiffres-cles-du-risque-m%C3%A9dical-en-etablissements-2019>.
- [16] Académie française, *Dictionnaire de l'académie française - expert, -erte*, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E3436>.
- [17] Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française - expertise*, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E3438>.
- [18] L. Bantigny, Usages, mésusages et contre-usages de l'expertise. Une perspective historique, *Histoire@Politique*. 14 (2011) 3. <https://doi.org/10.3917/hp.014.002>.
- [19] D. Martin, L'expertise en responsabilité médicale: de critiques en réformes, *Les Tribunes de la santé*. 27 (2010) 101 à 110. <https://doi.org/10.3917/seve.027.0101>.