

UNIVERSITE PARIS VIII VINCENNES- SAINT DENIS

Thèse pour le Doctorat en Droit

Géraldine SALEM

**CONTRIBUTION A L'ETUDE DE LA RESPONSABILITE MEDICALE POUR
FAUTE EN DROITS FRANÇAIS ET AMERICAIN**

Présentée et soutenue le 25 mars 2015

Thèse dirigée par M. Cyril CLEMENT

JURY

Madame Francine DEMICHEL, Présidente
Professeur, Université Paris 8

Madame Marion GIRER, Rapporteur
Maître de conférences, Université Lyon 3

Monsieur Christian CHARRIERE-BOURNAZEL
Avocat, Ancien président du Conseil national des Barreaux
Ancien Bâtonnier de Paris

Monsieur Gérard MEMETEAU, Rapporteur,
Professeur, Université de Poitiers

Monsieur Cyril CLEMENT, Directeur de recherche
Maitre de conférences, Avocat

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs ».

Résumé

Contribution à l'étude de la responsabilité médicale pour faute en droits français et américain

Les principes généraux qui gouvernent le droit de la responsabilité médicale pour faute, sont fortement similaires en droit français et en droit américain et ce, malgré des fondements juridiques différents. Droit romano-germanique et *common law* tendent ainsi à se rapprocher concernant le régime de la responsabilité. Dans les deux législations pourtant, la relation médicale est mise à mal. En France, la dégradation du climat de confiance entre un médecin et son patient peut être perçue comme une américanisation du droit de la responsabilité médicale. Cette détérioration se manifeste notamment par l'apparition d'un phénomène de judiciarisation de l'activité médicale, d'une pratique de la médecine défensive et d'une crise de l'assurance responsabilité civile médicale. Le patient est devenu plus qu'un consommateur de soins, il exige un résultat dont la seule absence le conduit à se positionner en tant que victime. Mais faut-il vraiment craindre cette influence venue d'outre atlantique ? Nous pensons en effet que l'adoption de certains principes de la *common law* pourrait créer un nouvel équilibre dans la relation de soins. Ainsi, les *class actions*, les dommages et intérêts punitifs, le principe de la mitigation ou l'introduction systématique des modes alternatifs de règlements des conflits pourraient participer au renforcement de cette relation.

Contribution to the study of medical malpractice liability for negligence in French and American law

General principles governing medical malpractice are highly similar in French and American law, despite different legal bases. Civil law and *common law* tend then, to converge concerning medical liability rules for negligence. In both laws, however, the medical relationship is undermined. In France, the deterioration of trust between doctor and patient can be seen as an Americanization of the law of medical malpractice. This deterioration is particularly expressed as a strong legalization of medical activity, the practice of a defensive medicine and the crisis of medical liability insurance. The patient became more than a care consumer. He always wants a medical result, that the failure leads him to consider himself as a victim. But should we really fear this influence came from overseas ? Indeed, we believe that the adoption of certain principles of the *common law* could create a new balance in the relationship between patient and doctor. Thus, *class actions*, punitive damages, mitigation or alternative dispute resolution could strengthen this relationship.

Je tiens à remercier particulièrement :

Mon directeur de thèse Monsieur Cyril CLEMENT, pour m'avoir soutenue et orientée dans ce travail de longue haleine ;

Les Cabinets Genesis avocats à Paris et Dembitzer and Dembitzer à New York, pour m'avoir soutenue et donné tous les moyens de concrétiser cette thèse ;

Mon mari, ma famille et mes amis, pour leur patience et leur infini soutien.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

C.A	Cour d'appel
C.A.A	Cour administrative d'appel
Cass. Ass. Pl.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ. 1 ^{ère}	Décision de la première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^{ème}	Décision de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com	Décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim	Décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	Décision de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Décision de la chambre sociale de la Cour de cassation
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Cour Européenne des Droits de l'Homme
C.J.C.E	Cour de Justice des Communautés Européennes
C.C.	Conseil Constitutionnel
T.A.	Tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
Trib. Corr.	Tribunal correctionnel
T.G.I	Tribunal de Grande Instance
A.J.D.A.	Actualité juridique droit administratif
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. Civ.	Code civil
C. Cons.	Conseil Constitutionnel
C.D.M.	Code de déontologie médicale
C.J.A.	Code de justice administrative
C.P.	Code pénal
C.P.C.	Code de procédure civile
C.P.P.	Code de procédure pénale
C.S.P.	Code de la santé publique
C.S.S.	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
CNOM	Conseil national de l'Ordre des médecins
Conc. méd.	Concours médical

D.	Recueil Dalloz Sirey
D. Affaires	Dalloz. Affaires
D.P.	Dalloz périodique
D. ch.	Dalloz Chroniques
Dr. Adm.	Droit administratif
Dr. Pén.	Droit pénal
G.A.J.A.	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
G.A.J.C.	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
I.R.	Informations rapides
J. Cl. Adm.	Jurisclasseur administratif
J.C.P.	Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique)
J.C.P. Adm.	Jurisclasseur périodique, édition administration et collectivités territoriales
J.C.P.E.	Jurisclasseur périodique, édition entreprises
J.O.	Journal Officiel
L.P.A.	Les Petites Affiches
Rec. Leb.	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat
R.D.C.	Revue des Contrats
R.D.I.P.	Revue de droit international privé
	R.D.P. Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.D.S.S	Revue de droit sanitaire et social
Resp. civ. ass.	Jurisclasseur Responsabilité civile et assurance
R.F.D.A.	Revue Française de droit administratif
R.G.D.M.	Revue générale de droit médical
R.I.D.C.	Revue Internationale de droit comparé
Rev. Adm.	Revue administrative
Rev. Méd. Dr.	Revue médecine et droit
R.S.C.	Revue de science criminelle
R.T.D. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	12
PREMIERE PARTIE	
UNE CONVERGENCE IMPARFAITE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA RESPONSABILITE MEDICALE POUR FAUTE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT AMERICAIN	24
TITRE I	
LE STATUT JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE MEDICALE POUR FAUTE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT AMERICAIN	26
CHAPITRE I	
Divergences des statuts juridiques de la responsabilité médicale pour faute en droit français et en droit américain	27
SECTION I. Un statut juridique complexe en droit français	27
§1. Le principe critiquable d'une responsabilité de nature contractuelle depuis l'arrêt Mercier de 1936	27
§2. Une responsabilité de nature différente selon la situation du médecin et de son patient.	35
SECTION II. Un statut juridique simplifié en droit américain	42
§1. Le fondement consensuel de la relation médecin-patient aux Etats-Unis	42
§2. Une responsabilité plus largement fondée sur un principe délictuel aux Etats-Unis	45
SECTION III. Une simplification souhaitable du statut juridique de la responsabilité médicale en droit français inspirée du droit américain	51
§1. Vers une unification des règles relatives à la responsabilité médicale de nature extra contractuelle	52
§2. La compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité médicale	55

CHAPITRE II

Le consentement à l'acte médical comme principe essentiel de la relation médecin-patient en France et aux Etats-Unis 56

SECTION I.	L'exigence d'un consentement à tout acte de soins	56
§1.	La nécessité d'un consentement libre et éclairé en droit français.	59
§2.	L'exigence d'un « <i>informed-consent</i> » en droit américain	62
SECTION II.	L'existence d'un consentement mutuel à l'acte médical	66
§1.	Une appréciation différente du consentement du médecin	66
§2.	Une appréciation similaire du consentement du patient	69

TITRE II

Le régime juridique commun de la responsabilité médicale pour faute en France et aux États-Unis 79

CHAPITRE I

Les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité médicale pour faute en France et aux Etats-Unis. 80

SECTION I.	La faute une notion commune	80
§1.	La notion de faute en droit français et en droit américain	80
§2.	La typologie des fautes en droit français et américain	90
§3.	La particularité de la faute pénale en droit français et en droit américain	109
§4.	Vers une redéfinition de la faute médicale en droit français	117
SECTION II.	L'exigence d'un lien de causalité en droit français comme en droit américain	126
§1.	La notion de lien de causalité en droit français : l'exigence d'un caractère direct et certain	126
§2.	La notion de lien de causalité en droit américain	130
SECTION III.	Le préjudice, une notion commune	134
§1.	Nécessité d'un préjudice (<i>injury</i>) à l'engagement de la responsabilité pour faute médicale	135
§2.	Des catégories identiques de préjudices réparables en droit français et en droit américain	137

CHAPITRE II _____
Des tempéraments semblables à la mise en cause de la responsabilité médicale. _____ 154

SECTION I. Les hypothèses de limitation de responsabilité personnelle du médecin: la responsabilité du fait d'autrui ou *theory of respondeat superior* _____ 154

§1. Les limites à la responsabilité personnelle du médecin en droit français _____ 154

§2. *The respondeat superior theory* en droit américain _____ 156

SECTION II. Les hypothèses d'exonération de responsabilité _____ 159

§1. Les causes d'exonération de responsabilité _____ 159

§2. Les règles de procédures limitant la responsabilité du médecin : les délais de prescription ou *Statute of limitations* _____ 168

DEUXIEME PARTIE _____
LES CONTENTIEUX FRANÇAIS ET AMERICAIN DE LA RESPONSABILITE MEDICALE POUR FAUTE, SOURCE D'INFLUENCE. _____ 183

TITRE I _____
La procédure: un aspect particulier de la mise en œuvre de la responsabilité médicale en France et aux Etats-Unis _____ 184

CHAPITRE I
Des systèmes processuels différents 185

SECTION I. Aspects de droit comparé des procédures françaises et américaines _____ 187

§1. L'introduction d'une instance en droit français et en droit américain _____ 187

§2. L'absence du juge dans l'administration de la preuve aux Etats-Unis _____ 190

SECTION II. Un aspect déterminant de la procédure aux Etats-Unis : le jugement par un jury _____ 192

§1. La place des jurys populaires dans le procès _____ 192

§2. Critiques relatives aux jugements par jurys _____ 196

CHAPITRE II

L'influence du système processuel américain sur le système français 200

SECTION I. L'émergence d'une action de groupe en droit français _____ 200

§1. L'insuffisance du droit français en matière d'action de masse concernant les préjudices de santé. _ 202

§2. Une transposition envisageable d'une « class action » en droit français pour les préjudices de santé 208

SECTION II. Les modes alternatifs de règlements des conflits (MARC) _____ 228

§1. L'état actuel du droit français des modes alternatifs de règlements des conflits en matière médicale. 231

§2. L' « alternative dispute resolution » en droit américain (ADR) _____ 238

TITRE II

Vers une américanisation du contentieux de la responsabilité médicale pour faute favorisant le déséquilibre de la relation médecin patient __ 250

CHAPITRE I

Une judiciarisation de l'activité médicale installée en droit français et en droit américain. _____ 252

SECTION I. Une augmentation des sinistres liés à l'activité médicale en France et aux Etats-Unis __ 252

§1. L'augmentation du nombre de réclamations en relation avec l'évolution du droit. _____ 253

§2. Une demande croissante de sécurisation du patient _____ 256

SECTION II. La finalité de la condamnation à des dommages et intérêts différente en France et aux Etats-Unis _____ 256

§1. Le principe de la réparation intégrale comme fondement de la réparation du préjudice en droit français et en droit américain _____ 257

§2. Des systèmes de réparation qui ont tendance à converger. _____ 259

SECTION III. Vers une nouvelle appréciation de la notion de réparation du préjudice en droit français 265

§1. La nécessaire prise en compte sociale du risque _____ 270

§2. L'introduction souhaitable du principe de la minimisation du préjudice _____ 272

CHAPITRE II	
Les effets de la judiciarisation sur l'activité médicale	274
SECTION I.	La dénaturation de l'acte médical 274
§1.	Le glissement de l'acte de soins vers un acte de consommation 275
§2.	Vers une judiciarisation de la médecine et une victimisation du patient 280
§3.	Le développement de la médecine défensive 283
SECTION II.	La crise de l'assurance responsabilité médicale 286
§1.	Un phénomène déjà bien présent aux États-Unis 287
§2.	Un phénomène qui gagne du terrain en France 290
CONCLUSION GENERALE	298
PROPOSITION DE REFORME DU SYSTEME JURIDIQUE DE RESPONSABILITE MEDICALE POUR FAUTE	302

Introduction générale

1. « *Le public est commode. Vous n'avez à répondre de vos questions à personne, et, pourvu que l'on suive le courant des règles de l'art, on ne se met point en peine de tout ce qui peut arriver* »¹. Les propos que tenait Monsieur Diafoirus dans « *Le malade imaginaire* » de Molière sont bien loin de ce que peut représenter la réalité de la responsabilité médicale aujourd'hui². Si la foi du patient envers son médecin est toujours aussi forte, ses exigences se sont affirmées et la fatalité n'est plus acceptée. Il n'hésite plus à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé dès l'instant où le résultat tant espéré n'est pas atteint. La presse ne manque d'ailleurs pas de nous faire part du constat d'un accroissement des préjudices associés à l'activité médicale et de la mise en cause des professionnels de santé. Cette augmentation serait, pour certains, un effet ricochet de la situation des médecins américains et on assisterait alors en France à une forme d'« américanisation » de la médecine³.

2. Il n'existe pas de définition précise du terme « américanisation », on peut ainsi lui attribuer plusieurs sens, du plus péjoratif au plus mélioratif. Il suffit de prendre en exemple des événements de la vie quotidienne, pour se rendre compte du degré d'impact de cette « américanisation » sur notre société. Les français sont particulièrement admiratifs de l'esprit entrepreneurial des citoyens américains, de leur grande capacité d'innovation et de leur faculté à vivre ce fameux « *american dream* », tandis qu'ils rejettent totalement la culture de la « *junk-food* » tout comme celle la surconsommation. Tout est en réalité affaire de compatibilité culturelle. Concernant la pratique de la médecine et la responsabilité médicale, il ne fait aucun doute que le mot n'est pas entendu comme porteur de progrès. A tout le moins, il traduit l'impression de subir les mêmes problématiques que celles vécues par les médecins et juristes américains depuis un certain temps déjà.

¹ MOLIERE, *Le malade imaginaire*, Acte 2, scène V.

² G. VINEY, « *La responsabilité* », Arch. Phil. Droit, 1990, p. 125. L'expression responsabilité désigne dans le langage juridique l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à le réparer en offrant une compensation à la victime de celui-ci.

³ Sur l'origine du mot responsabilité, voir M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable » et J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens du mot responsabilité », Arch. Phil. Droit, 1977, p. 45 et s.

3. Ces problématiques relèvent aussi bien du secteur des assurances, de la pratique de la médecine en elle-même que de la résolution des conflits qui y sont attachés. Une étude du Ministère de la santé et des services sociaux du Québec a ainsi montré que les coûts associés à la responsabilité médicale, en ce compris les frais juridiques et les paiements associés aux fautes professionnelles, le coût de l'assurance ainsi que la pratique de la médecine défensive, représenteraient une part trop importante de l'économie américaine⁴. Cela en fait incontestablement un enjeu économique et juridique déterminant.

4. L'influence américaine fait peur. Pourtant, cette dernière n'est pas à craindre dès l'instant où elle est connue et maîtrisée. L'objectif de ce travail ne sera donc pas de démontrer qu'il existe une forme d'« américanisation » de la médecine et de la responsabilité médicale au sens d'une dérive à l'américaine⁵. Il s'agira de comprendre le fonctionnement des deux systèmes, la proximité des deux droits alors qu'ils sont fondés sur des systèmes juridiques opposés. Il s'agira également de disposer des outils nécessaires pour mieux analyser leurs forces et les faiblesses, tant d'un point de vue du fond du droit que de la procédure. Nous pourrions ainsi comprendre en quoi la responsabilité médicale semble subir une influence venue d'outre atlantique (I). L'intérêt d'une étude en droit comparé paraît donc prendre tout son sens (II).

I. Le contexte d'une « américanisation » de l'activité médicale

5. La France et les Etats-Unis sont d'abord liés par leur histoire. L'indépendance américaine fut proclamée en 1776, peu de temps avant la révolution française de 1789 et tout aussi influencée par l'esprit des Lumières. Ainsi, lorsque Montesquieu publie l'Esprit des Loix en 1748, source inépuisable d'idées démocratiques, l'ouvrage franchit l'atlantique pour servir de modèle à l'établissement de la constitution américaine, toujours en vigueur aujourd'hui. La France attendra 1792 pour adopter sa première constitution. Dès lors, la France et les Etats-Unis acquièrent leur autonomie politique et par la même une véritable autonomie juridique⁶.

6. Le droit français poursuit l'élaboration de sa réglementation par un mouvement de codification débutant en 1804, qui vient asseoir et compléter la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'indépendance du droit français est alors retranscrite au travers de ces différents écrits dont l'autorité est admise avec suprématie. Aujourd'hui encore, la codification du droit français est difficilement compréhensible pour les juristes anglo-saxons.

⁴ Etats-Unis, BMJ, « Annual cost of medical liability in US », 2010; 341: c4905

⁵ J. DRUCKER et M. FAESSEL-KAHN, « L'exemple américain », Les Tribunes de la santé, 2004, n°5, p. 31 à 38

⁶ Le 4 juillet 1776, les représentants des Etats-Unis d'Amérique déclaraient que les colonies devaient être « de plein droit des Etats libres et indépendants, dégagés de toute allégeance à la couronne britannique ».

7. Les Etats-Unis au contraire, préfèrent se rapprocher des principes de la Common Law anglaise. L'élaboration du Code civil de la Nouvelle Orléans en 1808, les tentatives de codification dans le Massachussets en 1836 et dans l'Etat de New York en 1846, ainsi que les écrits de Sir Henri Maine qui prônaient le ralliement des Etats-Unis au droit romano germanique, n'y changeront rien. En choisissant de se rapprocher des principes des anciennes colonies anglaises, le droit américain a préféré se rallier aux fondements de la Common Law, en vigueur depuis le XVIIème siècle en Angleterre, dans laquelle la fonction judiciaire est l'instrument effectif de la protection des droits de la population. Ainsi aujourd'hui encore, de nombreux juristes sont convaincus de la suprématie du rôle des juges et continuent de penser que, malgré une codification de plus en plus présente des règles de droits, une loi qui n'a pas été interprétée à la lumière des cas particuliers, contient une portée juridique limitée. De par leurs rôles d'arbitres et de créateurs de droit, les juges anglais et américains disposent ainsi d'une position sociale très importante. Dans les pays de *common law*, la magistrature est en effet perçue comme l'aboutissement d'une carrière professionnelle bien remplie, et souvent liée à un succès politique. En France, bien au contraire, la magistrature est une profession indépendante dont l'accès est fortement réglementé.

8. Si, les droits français et américain ont été liés au moment de l'élaboration de leurs premières réglementations, ils ont toutefois choisi d'appartenir à des systèmes de droits opposés dans leurs principes. Il n'en demeure pas moins qu'en tant que fortes puissances occidentales, les deux pays connaissent des problématiques similaires et des influences réciproques.

9. L'influence du droit américain sur le droit français semble d'abord se manifester au regard de l'évolution de la relation médecin-patient. Au-delà d'une avancée très marquée au profit des droits des victimes, la relation médicale se judiciarise. Or ce phénomène représente une menace tant d'un point de vue de l'équilibre de la relation que d'un point de vue de l'équilibre du droit. La pression d'une condamnation judiciaire et des dommages et intérêts toujours plus importants peuvent avoir des conséquences déterminantes en matière d'assurance responsabilité civile, ce qui peut à son tour avoir pour effet un changement dans l'exercice de la profession médicale. Le cercle vicieux est ainsi enclenché.

10. Hormis les premiers principes de la responsabilité médicale posés par le Code d'Hammourabi au temps de Babylone ainsi que les premières règles de déontologie médicale posée par Hippocrate au Vème siècle avant JC⁷, on sait que pendant très longtemps, le médecin ne pouvait pas être reconnu responsable des erreurs qu'il aurait pu commettre dans l'exercice de son art. A l'époque où la science n'était pas aussi avancée et la religion gouvernait les rapports entre les hommes, la maladie était vécue comme une punition et en guérir était signe de rédemption. Ainsi critiquer le médecin ou engager sa responsabilité revenait à se révolter contre Dieu.

⁷ Sur l'historique de la responsabilité médicale voir, D. MALICIER, A. MIRAS, P. FEUGLET, P. FAIVRE, « La responsabilité médicale : les données actuelles », Lacassagne, 1992, p 492.

11. En droit français, la responsabilité médicale fut réintroduite par les Codes Napoléoniens, mais ce n'est qu'en 1835 que la Cour de cassation, dans le célèbre arrêt Thouret-Noroy, retint pour la première fois, la responsabilité du praticien⁸. Depuis, le médecin ne bénéficie plus de l'immunité qu'il avait jusqu'alors et les règles concernant la recherche de sa responsabilité n'ont cessé de s'assouplir dans l'intérêt du patient. Ainsi, le 20 mai 1936 la Cour de cassation consacra, dans un arrêt de pure opportunité, la nature contractuelle de la relation médicale en lieu et place d'une nature délictuelle⁹. Désormais, « *le médecin engage sa responsabilité s'il ne prodigue pas des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données de la science* »¹⁰. Allant même jusqu'à protéger les intérêts des patients en cas de risques, la jurisprudence de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat ont admis progressivement des hypothèses de responsabilité sans faute du médecin et de l'établissement de soins, principalement dans le domaine des infections nosocomiales, de l'aléa thérapeutique et du défaut des produits de santé. Ces exceptions figurent aujourd'hui dans la loi n°2002-303 du 4 mars 2002¹¹.

12. Aux Etats-Unis, la mise en cause des professionnels de santé apparaît au 18ème siècle¹². En 1768, dans ses célèbres commentaires sur les lois d'Angleterre, Sir William Blackstone associe le principe de responsabilité à la mise en cause professionnelle des médecins. La mala praxis, dont les anglo-saxons tirent le mot « *malpractice* » moderne (faute professionnelle), peut désormais s'appliquer en milieu médical. Les blessures par la négligence ou maladresse commise par le médecin lui-même ou l'un de ses préposés, constituent une faute entraînant la rupture du lien de confiance existant entre un médecin et son patient. Tout comme en droit français, l'apparition de la responsabilité est une réponse à l'affaiblissement du rôle de la religion dans la société. L'idée selon laquelle l'homme peut contrôler son bien-être et l'améliorer se répand de plus en plus¹³. Les progrès de la médecine ont en effet largement contribué au sentiment de sécurité qui entoure l'acte médical et, si la médecine n'est pas considérée comme une science exacte, le médecin doit faire son possible pour traiter son patient dans les meilleures conditions¹⁴.

⁸ Requ., 18 juin 1935, concl. DUPIN, DP 1835.I. 300 ; S. 1835.I.401. Dans cet arrêt la chambre de requête a décidé que, nonobstant la loi du 29 ventôse an XI (10 mars 1803) relative à l'exercice de la médecine, les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil étaient applicables aux médecins commettant des fautes dans l'exercice de leur art.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1978, Bull. civ., I, n°164, Cass; civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, JCPG 1979.2. 19033, obs. R. SAVATIER; Cass. civ. 1^{ère}, 18 nov. 1979, Bull. civ., I, n°348.

¹⁰ Ibid.

¹¹ C.santé publ., art. L. 1142-1 al. 2

¹² Etats-Unis, J.C MOHR, « American medical malpractice litigation in historical perspective », JAMA. 2000; 283(13):1731-1737. doi:10.1001/jama.283.13.1731.

¹³ Etats-Unis, Andrew A. SANDOR, « The history of professional liability suits in the United States », JAMA. 1957, 163(6) :459-466. doi: 10.1001/jama.1957.82970410010018.

¹⁴ Etats-Unis, J.C. MOHR « Doctors and the Law : Medical Jurisprudence in Nineteenth-Century America», New York, Oxford University Press, 1993, p. 320.

13. Dans les deux législations, la responsabilité médicale fondée sur la faute évolue vers une responsabilité de plus en plus rigoureuse¹⁵. La complexité des techniques médicales, leurs caractères aléatoires et dangereux ont entraîné, en contrepartie, une multiplication des accidents et les victimes se trouvent fréquemment dans l'impossibilité d'identifier l'origine du dommage, la preuve de la faute étant tout aussi compliquée. Le droit français est donc naturellement allé dans le sens d'une protection des victimes. Aux Etats-Unis, l'importance du contentieux de la responsabilité médicale s'explique aussi par le manque d'efficacité de la protection à la santé¹⁶.

14. Le patient est dorénavant au centre du dispositif de santé. Les exigences envers l'efficacité de la médecine ont tellement augmenté que toute forme de risque n'est plus acceptée. Le droit à la santé et à la sécurité, les progrès scientifiques, leur diffusion auprès du grand public, la dégradation du climat de confiance qui entoure la relation médecin-patient, mais aussi la présence obligatoire des assureurs, sont tout autant d'éléments qui mettent en lumière une augmentation de la responsabilité des professionnels de santé¹⁷. Les droits des patients sont fortement mis en avant et le non-respect de ces derniers, entraîne très fréquemment la mise en cause des professionnels de santé. L'influence américaine est très marquée dans la relation de soins. Elle se manifeste notamment par la judiciarisation de l'activité médicale ce qui entraîne des réparations plus fréquentes voire plus importante. L'art médical se trouve ainsi menacé par le développement d'une médecine défensive.

15. A l'image des Etats-Unis, la relation qu'entretiennent médecins et patients en France se judiciarise. Les conflits se règlent de plus en plus devant les prétoires plutôt que par des discussions entre soignants et soignés. La mise en place d'une procédure amiable de règlements de conflits devant les commissions régionales de conciliation des accidents médicaux¹⁸n'a pas réellement freiné cet engouement. La seule présence de magistrats et d'experts médicaux au sein de la commission ne peut d'ailleurs que le confirmer¹⁹.

¹⁵ G. MEMETEAU, « Propos informels sur les responsabilités civiles médicales en Amérique du Nord », *La responsabilité médicale : de la faute au risque*, ENM, 1996, p. 159 et s.

¹⁶ D'inspiration libérale, le système d'assurance maladie américain ne repose ni sur le principe d'une couverture généralisée de la population, ni sur celui d'un financement public par le biais de prélèvements obligatoires. Globalement, trois types de couverture existent : l'assurance maladie privée qui est le plus souvent liée à l'emploi, *Medicare* qui couvre les personnes de plus de 65 ans ainsi que les personnes gravement handicapées sans considération de revenus, et *Medicaid* qui prend en charge les familles les plus pauvres.

Le financement du système de soins français repose, quant à lui, sur les cotisations du travail à la fois patronales et salariales ce qui en fait un système bismarckien. La couverture maladie universelle (CMU) a par ailleurs fortement contribué à universaliser le système de protection sociale des français en leur faisant bénéficier d'une protection qu'ils soient travailleurs ou pas.

¹⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1998.

¹⁸ La judiciarisation est à distinguer de la juridicisation. La première renvoie à l'intervention du juge lorsqu'un contentieux survient dans la relation médecin-patient. La deuxième renvoie à l'intervention du droit pour organiser les rapports entre soignants et soignés. La juridicisation permet de s'interroger sur la place et l'utilité des normes dans juridiques dans la pratique médicale. Si les deux notions sont distinctes, elles sont étroitement liées car elles participent à une interrogation commune sur les enjeux juridiques, économiques mais aussi humains du système de santé. Voir en ce sens G. ROUSSET, « Judiciarisation et juridicisation de la santé : entre mythe et réalité », *Carnets de Bord*, 2009; n°16 p.23

¹⁹C. santé publ. art. R. 795-41

16. Les juges se trouvent être de plus en plus sollicités dans le contrôle de la régularité des actes de certaines autorités et « le nombre de recours et de condamnations de soignants prononcés par les juges serait en plein accroissement »²⁰. Cette forte présence du juge dans la résolution des différends est sans conteste, un des principaux aspects de la responsabilité médicale outre atlantique. L'exemple américain mérite donc d'être étudié.

17. L'influence américaine est également perçue dans la réparation des préjudices des victimes d'accidents médicaux. Les Etats-Unis sont connus pour être particulièrement généreux dans les montants d'indemnisation attribués. Cette particularité américaine est notamment due à la possibilité d'allouer des dommages et intérêts punitifs en cas de comportement particulièrement grave, mais elle aussi la conséquence d'une procédure bien particulière. Les avocats des plaignants ont en effet la possibilité de se rémunérer sur un pourcentage (parfois très élevé) du montant des dommages et intérêts perçus par son client (*contingency fees*). Lorsqu'il rend sa décision, le jury doit alors prendre en compte en compte la rémunération de l'avocat en plus de l'indemnisation de la victime.

En France, cette augmentation des montants d'indemnisation est également ressentie, alors même qu'elle ne serait pas justifiée²¹. Les compagnies d'assurance n'ont d'ailleurs pas hésité à augmenter significativement les montants de leur cotisation afin de compenser les dépenses engagées pour la couverture des professionnels de santé condamnés. La hausse des primes d'assurance participe ainsi au sentiment d'une forte influence du droit américain sur le droit français. Le problème lié à l'assurabilité des professionnels de santé est devenu un enjeu important de santé publique aux Etats-Unis et nous craignons que la situation française se dégrade à l'image de ce qu'il se déroule outre atlantique.

18. Cette crainte est d'autant plus justifiée qu'elle peut avoir des conséquences alarmantes sur l'exercice même de la profession médicale. La pratique de la médecine défensive en est un exemple. Déjà bien implantée aux Etats-Unis, elle est de plus en plus présente sur le territoire français²². Elle consiste pour un professionnel de santé à prévenir toutes formes d'erreurs médicales en prescrivant des examens supplémentaires dont l'utilité n'est pas avérée ou pis encore, en refusant de prendre en charges des pathologies qu'ils considèrent à risque. L'idée d'une influence américaine sur le droit de la responsabilité médicale est donc justifiée à bien des égards. Cependant, pour être pertinente, l'analyse du phénomène d'américanisation de l'activité médicale, doit être appréciée au regard d'une approche comparative. L'intérêt d'un rapprochement avec les Etats-Unis nous est ainsi apparu intéressant en raison d'une approche similaire de la pratique de la médecine, les particularités processuelles de chaque pays ne constituant pas des obstacles à l'analyse de ces deux systèmes.

²⁰ G. ROUSSET, « Judicialisation et juridicisation de la santé : entre mythe et réalité », Carnets de Bord, 2009; n°16 p.23

²¹ A. LAUDE, « la judicialisation de la santé », Question de santé publique, n°20, p.13

²² J. DRUCKER et M. FAESSEL-KAHN, « L'exemple américain », Les Tribunes de la santé, 2004, n°5, p. 31 à 38

II. L'intérêt d'une étude comparée de la responsabilité médicale pour faute en droit français et en droit américain

19. Dans une démarche comparatiste, il faut expliquer pourquoi les objets et systèmes juridiques, soumis à comparaison, peuvent être comparés. Les droits français et américain sont deux droits opposés en leurs principes. L'un est de droit écrit et issu d'une tradition romano-germanique tandis que l'autre trouve son fondement dans la « *Common law* », où la norme prend forme à la suite d'une décision de justice. La règle du précédent ainsi nommée, consiste pour un juge à respecter, pour l'avenir, ses propres décisions de justice mais aussi celles rendues par les juges hiérarchiquement supérieurs. Contrairement au droit français, la loi n'a pas de valeur générale et impersonnelle, elle intervient comme un complément ou un rectificatif à la décision des juges. La jurisprudence est considérée comme une règle de droit préexistante à la loi qui forme la « *Common law* ». Le droit américain est ainsi constitué d'un corps de droit non écrit dont les règles et les principes prennent naissance dans les décisions des cours de justice. Les codes aujourd'hui en vigueur aux Etats-Unis ne peuvent pas être considérés comme l'équivalent des codes français. Ils ne sont qu'une consolidation du droit existant. Cette différence fondamentale entre droit écrit et droit jurisprudentiel se retrouve dans les règles de la responsabilité.

20. Comme le soulignait Monsieur le Professeur Jean Penneau, on doit entendre par responsabilité « l'obligation, pour un individu, de supporter les conséquences d'un acte qu'il a commis »²³. En tant que citoyen ou professionnel, l'individu se doit ainsi d'adopter un comportement adapté aux règles de la vie en société. Monsieur le Professeur André Tunc,²⁴ considérait que la faute peut être entendue comme « les erreurs que peut commettre le bon père de famille », c'est à dire les erreurs que n'importe quelle personne aurait pu commettre dans une situation semblable. Qu'il s'agisse d'erreur ou de faute, tout comportement déviant par rapport à un standard normalement attendu, engage donc la responsabilité de son auteur lequel doit supporter le coût des préjudices occasionnés.

21. En droit français, les règles relatives à la responsabilité du fait personnel reposent sur un principe général défini aux articles 1382 et 1383 du Code civil selon lesquels « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » et « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »²⁵.

²³ J. PENNEAU : « Faute et erreur en matière de responsabilité médicale », LGDJ, Thèses, 1973, p.9.

²⁴ A. TUNC, « La responsabilité civile », Economica, 1989.

²⁵ La responsabilité peut également être contractuelle et administrative. Du fait du principe de la séparation des pouvoirs, le droit français a donné compétence à l'ordre de juridiction administratif, qui ne s'estime lié ni par les textes ni par les principes de droit civil, pour trancher les litiges qui opposent les particuliers à l'administration. Voir sur ce point J. RIVERO, Droit administratif, Dalloz, 2006 ; G. VEDEL et P. DELVOLVE, Droit administratif, Thémis, 1990

22. Cette rédaction issue du Code civil de 1804 rompt avec la tradition casuistique de la loi Aquila qui s'appliquait jusqu'alors. Les rédacteurs du Code civil de 1804, fervents défenseurs de l'école du « droit naturel », ont ainsi dégagé les principes fondamentaux « parmi les lois immuables et naturelles qui sont essentielles à l'ordre de la société » et parmi lesquels devait figurer le principe général de responsabilité proposé par Domat²⁶.

23. Depuis lors, la responsabilité a évolué. Elle peut dorénavant être de nature délictuelle, telle que posée par les articles 1382 et 1383 du Code civil, mais elle peut aussi être de nature contractuelle ou de droit public. Cette différence de régime de responsabilité représente une particularité du droit français.

24. En droit américain, ce principe général n'existe pas. Les juristes américains n'ont en effet jamais recherché à appliquer un tel principe pour qualifier un comportement fautif. Ils ont toujours accordé aux demandeurs des formes d'actions différentes qui s'appliquent à des situations particulières. A cet égard, le droit anglo-américain de la responsabilité porte toujours les empreintes du système des formulaires médiévaux, les « *forms of action* » ou « *writs* ». L'ensemble de ces actions sont aujourd'hui, très précisément règlementées dans la « *Tort Law* »²⁷, dont l'organisation est assez proche de notre droit pénal lequel qualifie très précisément toutes les formes de comportements déviants. Le « *tort* » correspond à un comportement fautif qui aurait conduit à la réalisation d'un préjudice réparable. Il constitue un ensemble de délits spéciaux, concrets et fragmentaires, qui permet de traiter le plus précisément possible les différents types de fautes et se trouve ainsi au plus proche des préoccupations. Le juge, dont le rôle est déterminant dans la création de la norme en vertu du principe du précédent a ainsi la possibilité d'adapter les règles relatives à chaque tort, aux circonstances dans lesquelles elles sont susceptibles d'être mise en œuvre²⁸. Dès lors, il sera possible d'engager la responsabilité de l'auteur d'une faute sur le fondement d'un « *trepass* » en cas de comportement intentionnel ou de la « *negligence* » dès lors qu'un devoir de diligence n'aura pas été respecté. En matière de responsabilité médicale, le délit de « négligence » sera plus fréquemment utilisé en raison du lien de confiance qui unit un médecin à son patient duquel résulte une obligation de diligence « *duty of care* » (littéralement de « prendre soins ») de la part du professionnel de santé. Aux Etats-Unis, la responsabilité est dans tous les cas de nature délictuelle « *Tort law* ».

25. Dans les deux droits, la faute associée au préjudice et au lien de causalité, est au cœur de la responsabilité. Pour autant, cette notion, tout comme la responsabilité qui y est associée, tend à évoluer dans un sens de plus en plus objectif. Au-delà des missions de dissuasion et d'indemnisation, le rôle de la responsabilité doit sans cesse s'adapter à de nouveaux besoins, sans quoi des situations demeureraient moralement et socialement inacceptables²⁹.

²⁶ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008

²⁷ Etats-Unis, R. EPSTEIN, *Simple rules for a complex world*, Harvard University Press, Chap. V, Torts, 1997, p. 92.

²⁸ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1988, p. 504. L'expression légitime de la loi appartient donc au juge alors même que l'intérêt de la législation et de sa codification est d'écarter le juge des canons d'interprétations conformes à la tradition de la Common law.

²⁹ R. SALEILLES, « Le risque professionnel dans le Code civil », *La réforme sociale*, 1898, p. 649

L. Jossierand précisait d'ailleurs que le fondement rationnel de l'obligation de réparer ne devait plus être recherché dans « *la faute dont l'exigence ne permettait pas aux victimes de se prémunir contre les accidents anonymes dont la cause échappe à toute analyse* », mais dans le « *fait brutal de la création d'un risque* »³⁰. Or il ne fait aucun doute que la matière médicale relève du domaine du risque et qu'en conséquence, la faute ne peut pas être considérée comme l'unique fondement à la mise en cause de la responsabilité du médecin, même si elle doit en rester le principe³¹. Les difficultés liées à la science médicale, dont la possibilité de survenance d'un aléa est constante, interdisent d'engager par principe la responsabilité du médecin ou de l'établissement hospitalier du seul fait de la non réalisation du résultat voulu. Pour autant, il serait parfaitement socialement inacceptable de ne pas prendre en charge un préjudice dont l'origine n'est associée à aucune faute. C'est dans ce contexte que sont apparus les différents régimes de responsabilité médicale sans faute.

26. Dès lors, compte tenu de l'étendue des différents régimes de responsabilité médicale, nous avons choisi de restreindre le champ de cette étude au régime de la faute qui représente le droit commun de la responsabilité médicale depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002. Mais notre choix s'est avant tout porté sur une analyse de la faute car nous considérons que le rôle du médecin consiste avant tout en un choix d'un acte intelligent et libre pour son patient, suivi d'une exécution attentive de la thérapeutique choisie et nous pensons qu'il ne peut être tenu pour responsable que s'il use mal de cette liberté³². La responsabilité pour faute ne peut ainsi être que la seule contrepartie de cette liberté. Si des règles trop strictes lui sont imposées, le médecin ne serait plus aussi créatif et performant et il perdrait incontestablement des chances de réussite. Nous considérons que rendre le médecin responsable sans faute en raison de son insuccès ou de la réalisation éventuelle du risque qu'il a cru devoir prendre pour le bien de son patient, n'est pas compatible avec l'exercice même de la médecine. Celle-ci ne peut en effet être efficace que si des risques sont pris. La médecine est une science en mouvement qui ne peut pas et de doit pas être enfermée dans un carcan de normes prédéfinies et imposables à tous. La faute est donc un élément déterminant à l'engagement de la responsabilité médicale en droit français. Le rôle de cette dernière est tout aussi fort aux Etats-Unis, notamment dans l'évaluation du préjudice. Elle représente en effet un élément moralisateur central dans le système de responsabilité américain. Dans le cas d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs par exemple, l'importance du montant accordé à la victime, parfois sans rapport avec le préjudice initial, est incontestablement un mode de régulation sociale fondamental en l'absence de système de protection sociale efficace.

³⁰ L. JOSSERAND, « De la responsabilité des choses inanimées », Thèse, Rousseau, 1897, D. 1909.2.245; D. 1909.1.73; D.1904.2.257

³¹ Code santé publ. art L. 1142-1 al. 1

³² R. SAVATIER, « Comment repenser la conception actuelle française de la responsabilité civile », D. 1966, 9 nov. 1966.

27. Les droits français et américain de la responsabilité sont donc fondamentalement différents dans leurs principes. Pourtant, nous constatons que les règles de responsabilité qui les qualifie respectivement, ont de plus en plus tendance à converger. Nous avons ainsi pu constater depuis un certain temps maintenant que, notre droit commun a éclaté et que notre système auparavant régi par un principe général applicable à toutes les situations, a vu apparaître avec une fréquence de plus en plus forte des régimes spéciaux de responsabilité. Si le phénomène n'est pas nouveau, ayant débuté en 1898 avec la loi sur les accidents du travail, il est incontestable que le mouvement s'accélère. La loi n°98-389 du 19 mai 1998 modifiée par la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 concernant les produits défectueux, la loi 2007-308 du 5 mars 2007 concernant les majeurs incapables ou encore la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, en sont des exemples. Une telle évolution rapproche incontestablement notre système de celui applicable aux Etats-Unis. Le droit français pourrait alors devenir progressivement un système pluraliste qui repose sur des actions différentes comprenant chacune des spécificités. Dans un contexte de montée en puissance des régimes spéciaux, le principe général de responsabilité posé à l'article 1382 du Code civil pourrait peu à peu en devenir l'exception. A l'inverse, nous constatons que depuis la fin du 19^{ème} siècle, le droit américain tend à élargir le délit de « négligence » pour qu'il devienne peu à peu un principe général similaire à l'article 1382 du Code civil³³. Une étude comparée des deux droits nous permettra dès lors de mieux comprendre ce phénomène de rapprochement des deux systèmes de responsabilité.

28. La comparaison des systèmes français et américain de la responsabilité médicale paraît donc intéressante à bien des égards. Cependant, nous devons préciser que l'objectif de ce travail n'est pas de traiter la matière sous l'angle du droit international privé ou public. La présente étude n'a en effet pas vocation à traiter des rapports juridiques privés entre les personnes de nationalités différentes. L'intérêt du droit international de la santé n'est pas n'en n'est pas non plus l'objet. Notre travail se concentrera sur l'étude des bases juridiques des systèmes français et américain, leur comparaison ainsi que sur l'influence du droit américain sur le droit français dans le domaine de la responsabilité médicale. Nous tenterons également de dégager des leçons de cette influence pour mieux appréhender l'évolution de notre droit. L'étude du droit comparé pourrait permettre de mieux comprendre notre propre système juridique, ce qu'il est, ce qu'il pourrait être et comment il pourrait évoluer car le droit change au travers de ce qui l'entoure. Ce travail nous permettra également de nous interroger sur les limites de l'exportabilité du droit américain de la responsabilité médicale en droit français. Notre analyse ira au-delà d'un simple état des lieux des règles de droits et des mécanismes procéduraux du droit américain. Nous tenterons d'examiner les échecs ainsi que les réussites des solutions adoptées outre atlantique, au regard de nos principes fondamentaux.

29. Une des méthodes souvent pratiquée en droit comparé consiste à projeter notre droit national sur des systèmes étrangers pour en déduire une comparative. Ce sera précisément l'objet de la présente étude. Cette méthode permet de donner au juriste français, une vision de la matière au travers des éléments dont il maîtrise le contenu. Nous avons pleinement conscience que cette méthode de travail pourrait avoir pour conséquence la projection de nos propres règles juridiques dans un autre système ou ceux-ci ne sont pas forcément pertinents³⁴.

Pour éviter cette projection, nous tenterons donc, de situer les deux droits dans les systèmes de représentation qui sont les leurs, au sein desquels ils évoluent et ont du sens.

30. Par ailleurs, l'idée d'une comparaison des droits français et américain nous est apparue intéressante dans l'actuel contexte de mondialisation des droits. Ainsi, la globalisation de l'économie et la multiplication des échanges, peuvent justifier un rapprochement des systèmes juridiques concernant des problématiques similaires, notamment lorsque ces deux systèmes ont des traits culturels communs. Le droit comparé devient alors une source d'inspiration pour notre droit positif. Il n'est d'ailleurs pas rare que les juges des différents pays reprennent des formulations identiques pour trancher les mêmes questions juridiques. Le juge peut alors tout à fait s'inspirer d'une autre culture juridique afin de trouver une solution cohérente pour une problématique particulière³⁵. Guy Canivet relevait d'ailleurs à cet égard que « l'interaction des jurisprudences prend la forme d'un emprunt à la démarche juridique suivie, plutôt qu'une transposition aveugle de la solution »³⁶. La jurisprudence américaine peut alors représenter un vivier de solutions juridiques dont le juge français pourrait s'inspirer. Cette hypothèse est tout à fait possible alors même que les droits français et américain ont tous deux des règles processuelles particulières. La procédure ne serait alors pas un obstacle à l'influence du droit américain sur le droit français.

³⁴ Etats-Unis, R. S. SUMMERS, « Professor H.L.A. Hart The concept of law », *Duke Law Journal*, vol. 1963 : 629 ; M. VAN DE KERCHOVE et A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, 758 p.

³⁵ Etats-Unis, AHARON BARAK, « A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy », *Harvard Law Review*, , 2002, vol. 116 : 16 p. 19

³⁶ G. Canivet, *Rev. Sc. crim.*, 2005.813

III. **Annonce de plan**

31. Que l'on se place de côté du droit américain ou du droit français, on constate que la responsabilité des professionnels de santé répond à des règles juridiques communes. La présence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de cause à effet, sont des éléments indispensables à toute action en responsabilité bien qu'ils puissent être appréciés différemment dans l'une et l'autre législation. Si ces notions concourent vers un but commun, leurs fondements reposent pourtant sur des bases juridiques différentes. De la même manière, nous remarquons que dans les deux législations, la relation médecin-patient est fondée sur le principe du consensualisme. Des principes similaires forment la relation de soins alors même que les droits français et américain reposent sur ce point encore, sur des fondements juridiques différents. Droit américain et droit français auraient donc trouvé un point de convergence imparfait à l'engagement de la responsabilité du médecin et les deux droits ne seraient donc pas finalement pas aussi éloignés dans leurs principes. Cette analyse sera l'objet de notre première partie.

32. Une fois que nous aurons posé les bases de la responsabilité médicale dans les deux droits et analyser leur proximité juridique, nous nous attacherons à comprendre le déroulement du procès en la matière. Les règles de procédure représentent en effet un aspect très particulier des contentieux français et américain et mérite à cet égard, d'être étudié. La présence des jurys populaires, les actions de groupes ainsi que la forte incitation de la résolution des conflits au travers des modes alternatifs de règlement des différends sont des éléments de procédure qui caractérisent très fortement le procès américain. Ils sont la résultante d'un héritage historique que ne connaît pas le droit français. Pourtant, on constate que ce dernier tend de plus en plus à intégrer ces actions spécifiques dans son droit positif, ce qui n'est pas sans soulever la critique. Nous pensons en effet que si l'intégration de ces éléments est possible voire envisageable dans certaines hypothèses, elle peut représenter un véritable danger si elle n'est pas maîtrisée. C'est en ce sens que l'« américanisation » de la santé n'est absolument pas souhaitable. Cette analyse sera l'objet de notre deuxième partie.

33. Ce travail se composera ainsi des parties suivantes :

Première partie : Une convergence imparfaite des principes fondamentaux de la responsabilité médicale pour faute en droit français et en droit américain

Deuxième partie : Les contentieux américain de la responsabilité médicale pour faute source d'influence pour le droit français.

PREMIERE PARTIE

Une convergence imparfaite des principes fondamentaux de la responsabilité médicale pour faute en droit français et en droit américain

34. Lorsqu'une faute médicale s'est produite et qu'elle a causé du tort à un patient, il paraît juste que le préjudice enduré soit réparé. Le principe de la réparation représente un paramètre déterminant de nos systèmes juridiques occidentaux, alors même que ceux-ci ne sont pas construits de façon similaire. La France et les Etats-Unis, ont chacun établi des règles de droit, donnant lieu à la sanction et à la réparation d'une faute médicale. Ces deux systèmes sont pourtant diamétralement opposés tant d'un point de vue de leur construction historique que dans le mode de fonctionnement.

35. Le droit français est dual et construit selon une histoire qui lui est propre. Le droit civil d'abord, est principalement un droit écrit, issu d'une double tradition. Une première, léguée par les romains a gagné de l'importance sous l'influence des études des juristes romains progressivement redécouverts au Moyen Age et sous la Renaissance. Une autre est issue des droits « barbares », appliqués à l'époque franque³⁷. Le droit administratif ensuite, est un droit autonome, indépendant du droit civil, dont les bases ont été posées dès l'ancien régime et dont les règles sont principalement jurisprudentielles. La loi des 16 et 24 août 1790 a par ailleurs précisé que « *les fonctions judiciaires sont distinctes et resteront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction* ». Le principe de la séparation des ordres administratif et judiciaire est donc posé.

36. L'organisation des juridictions en France s'oppose à celle des pays anglo-saxons, où un seul ordre est qualifié pour juger aussi bien du contentieux administratif que des procès entre particuliers. Ces pays répugnent à accepter l'idée d'un droit administratif, et ils estiment que les agents publics doivent être soumis au droit dans les mêmes conditions que les autres citoyens. C'est là un principe du système libéral.

³⁷ A.E GIFFARD et R. VILLIERS, *Droit romain et ancien droit français*, Dalloz, 4^{ème} éd. Paris, 1976, n°315 et s.

37. La *common law* s'est développée plus lentement et de façon autonome, sans aucune influence du système romano-germanique et du droit romain. La *common law* s'est construite à partir de précédents jurisprudentiels des Cours royales de justice en Angleterre.

38. Elle s'est ensuite étendue aux pays de langue anglaise, tels l'Irlande, les Etats-Unis, mais également à des pays qui sont ou ont été politiquement liés avec l'Angleterre. De plus, à la différence du système romano-germanique, la *common law* ne distingue pas le droit public du droit privé, ni les branches traditionnelles du droit (droit civil, droit administratif...). Le droit anglo-saxon a des classifications qui lui sont propres ce qui rend parfois difficile sa compréhension. Les règles de la *common law* ne présentent pas de caractère général et résultent des décisions rendues par les cours supérieures qui se prononcent au cas par cas. Il s'agit d'un droit casuistique, est de ce fait proche du système romano-germanique. Ainsi, la règle de droit est essentiellement jurisprudentielle (*case, law*). La loi, *statute*, ne joue en principe qu'une place de second rang. Aujourd'hui cependant, le droit est de plus en plus complété, modifié par la législation.

39. Les différences juridiques du droit français et de la *common law* se retrouvent dans les caractéristiques du système de la responsabilité médicale pour faute. Le droit français opte ainsi pour un statut juridique complexe qui est la conséquence des différentes branches du droit existantes et auxquelles s'ajoutent les apports de la jurisprudence. La sanction de la faute médicale pourra dès lors trouver réponse dans les règles de droit public ou de droit privé, du régime de la responsabilité délictuelle ou contractuelle. Un litige peut ainsi naître d'un conflit avec l'administration, de la mauvaise exécution ou de l'inexécution d'une obligation contractuelle ou encore d'une faute qui cause directement ou indirectement, un dommage à autrui. Le droit français ne distingue ni les types de fautes, ni la nature des dommages ni la personne de l'auteur. Il n'exige aucune obligation de soins, *duty of care*, de l'auteur du préjudice à l'égard de la victime, ni la violation par l'auteur du dommage d'une sorte de norme de protection de la victime et il accueille très favorablement les préjudices reconnus des victimes indirectes.

40. Si la *common law* compte une multitude de régimes spéciaux, la responsabilité repose principalement sur le *tort of negligence*³⁸ développé à partir d'un *trepass on the case*³⁹. Originellement limité à des situations spécifiques de dommages non intentionnels, il a été étendu à tous les cas de conduite déraisonnable engendrant la violation d'un devoir, *breach of duty*, de prendre soins des intérêts du demandeur, *duty of care*. Mais il n'est pas à confondre avec notre principe général de responsabilité.

41. Le statut juridique de la responsabilité médicale est donc différent en France et aux Etats-Unis (Titre I). Ce constat n'est pas aussi tranché concernant la mise en œuvre de la responsabilité médicale et donc de son régime juridique. Si les deux droits exigent la présence de certains critères pour la réparation d'un préjudice issu d'une faute médicale, l'appréciation de ces critères n'est pas toujours identique. La présence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de cause à effet, sont ainsi des éléments indispensables à la reconnaissance du préjudice dans les deux législations. En revanche, l'appréciation de ces critères peut être différente dans l'un et l'autre droit (Titre II).

³⁸ Etats-Unis, P. W.M. DIAS et B.S MARKESINIS, « The English Law of Torts. A comparative Introduction », vol. 28 n°4, 1976, p. 852 ; T. WEIR, *Tort Law*, Oxford Univ. Press, 2002, p 29

³⁹ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, D. 11^{ème} éd., n°272-277

TITRE I

Le statut juridique de la responsabilité médicale pour faute en droit français et en droit américain

42. Les statuts juridiques de la responsabilité médicale pour faute sont diamétralement opposés en droit français et en droit américain. Les concepts fondamentaux qui ont servi à forger les deux droits sont en effets profondément différents, alors qu'ils sont tous deux issus du droit romain⁴⁰.

43. Le droit de la « *common law* » est fondé sur la loi des « *torts* » qui se rapproche encore aujourd'hui du système romain. Les règles de fond y jouent un rôle bien moins important que les règles de procédure. Le droit des *torts* est donc encore caractérisé par une fragmentation frappante des règles applicables qui cherche plus à établir des solutions aux différentes sortes de conflits existants, qu'à proclamer un ensemble de droits subjectifs. Le droit français, au contraire, a fait beaucoup plus tôt l'objet d'une généralisation qui a permis l'adoption de principes sur lesquels sont fondés les codes du XIX^{ème} siècle⁴¹.

44. De cette divergence des principes fondamentaux, en résulte une divergence des statuts juridiques relatifs à la responsabilité applicable, et plus particulièrement encore, en matière de responsabilité médicale pour faute (Chapitre I). Pourtant, il s'avère que la relation médecin-patient, en droit français et en droit américain, est bâtie sur le même fondement, celui du consensualisme (Chapitre II).

⁴⁰ Voir en ce sens, les travaux des professeurs HELMHOLZ, LANGBEIN, SIMPSON et ZIMMERMANN par exemple

⁴¹ G. VINEY et B. MARKESINIS, « La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français », RID comp., vol. 38 n°3, 1986. pp. 997-999.; Pour une première codification du droit Romain voir le Corpus Juris Civilis de Justinien.

CHAPITRE I

Divergences des statuts juridiques de la responsabilité médicale pour faute en droit français et en droit américain

45. Le principe d'une responsabilité de nature contractuelle en droit français, fut posé par le célèbre arrêt Mercier de 1936. Cette solution, qui fut déjà fortement critiquée pour son caractère opportuniste en son époque, semble aujourd'hui avoir trouvé ses limites. La nature contractuelle de la responsabilité, n'est pas adaptée à la nature du lien qui unit un médecin à son patient. Une responsabilité de nature délictuelle devrait être de rigueur et correspondrait, sans nul doute davantage à la relation médicale (Section I). Aux Etats-Unis, pour des raisons historiques, il n'existe pas de principe général de responsabilité valable pour tous types de conflits. Pour autant, on constate que le « *tort of negligence* » poursuit une tendance à s'accroître aux dépens d'autres délits plus anciens. Il servira, entre autre, de fondement juridique aux actions en responsabilité médicale (Section II).

SECTION I. UN STATUT JURIDIQUE COMPLEXE EN DROIT FRANÇAIS

46. En droit français, le célèbre arrêt Mercier de 1936 pose le principe d'une responsabilité de nature contractuelle en matière médicale, succédant ainsi à une responsabilité de nature délictuelle, fondée sur l'article 1382 du Code civil. (§1). Aujourd'hui, la conception contractuelle est toujours en vigueur en droit privé, bien qu'elle ait été récemment remise en cause par la jurisprudence. Elle n'est toutefois pas la seule applicable en droit français. Le régime de responsabilité dépend en effet principalement de la nature de la relation qui existe entre un médecin et son patient (§2).

§1. Le principe critiquable d'une responsabilité de nature contractuelle depuis l'arrêt Mercier de 1936

47. Jusqu'à la première moitié du XX^{ème} siècle, la faute médicale était considérée comme un délit et donc sanctionnée par la mise en œuvre d'une responsabilité de même nature. Ce n'est qu'à partir de la décision de la Cour de Cassation du 20 mai 1936⁴² qu'il a été considéré qu'il se formait entre le médecin et son client un véritable contrat de soins et que la violation des obligations découlant de ce contrat, devait être sanctionnée par une responsabilité contractuelle (I). Pour autant, la solution dégagée par l'arrêt Mercier ne paraît pas adaptée à la relation de soins (II).

⁴² Dr Nicolas c/ époux Mercier, Cass. civ., 20 mai 1936, DP. 1936.1.88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P, S. 1937.1.321, note A. BRETON RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, n° 162, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE.

I. Des prémices de la responsabilité médicale à l'arrêt Mercier

48. Avant l'arrêt Mercier, la faute du médecin était considérée comme un délit civil, dont la sanction était exclusivement fondée sur l'article 1382 du Code civil (1). Cette approche ne répondait cependant pas en quoi consistaient les obligations d'un médecin (2).

1. La sanction de la faute médicale jusqu'en 1936

49. De l'antiquité jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle, le médecin était déclaré irresponsable civilement. Le Parlement de Paris rendit en 1696, un arrêt aux termes duquel « le malade devait supporter les conséquences dommageables des actes du médecin au motif qu'il l'avait lui-même choisi »⁴³. Cette postulat fut toutefois remis en cause dans un avis l'Académie de médecine du 15 février 1834 selon lequel « (...) le médecin ne reconnaît pour juge, après Dieu, que ses pairs et n'accepte point d'autres responsabilités que celle, toute morale, de sa conscience ».⁴⁴ Il n'était en effet pas souhaitable de faire de l'obligation de soins, une obligation de résultat.

50. Les magistrats se refusaient à reconnaître la responsabilité contractuelle des médecins, car « les tribunaux utilisaient généralement la responsabilité contractuelle, au 19^{ème} siècle et au début du 20^{ème} siècle, pour alourdir la responsabilité du débiteur contractuel défaillant. Dans ce contexte, reconnaître à la charge du médecin une responsabilité contractuelle risquait de conduire à lui appliquer l'article 1147 du Code Civil et à présumer sa faute en cas d'inexécution, c'est-à-dire d'échec des soins. Or personne ne désirait alourdir à ce point les obligations du praticien »⁴⁵.

51. L'avènement du Code civil de 1804 et du Code pénal de 1810 ont cependant permis aux juges de passer outre cette irresponsabilité. Il était désormais possible d'appréhender les comportements dommageables des médecins sur le plan civil, au travers du droit commun de la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle (articles 1132 et suivants et 1147 du Code Civil) et sur le plan pénal, en réprimant les infractions telles que l'avortement, la violation du secret professionnel, l'homicide ou les blessures involontaires⁴⁶.

52. C'est ainsi qu'en 1835, la Cour de Cassation dans un arrêt *Thouret Noroy c/ Guigne* consacra la responsabilité délictuelle du médecin sur le fondement de l'article 1382 et 1383 du Code civil⁴⁷. La chambre des requêtes reconnut la responsabilité d'un médecin qui avait commis une négligence, qualifiée de faute grave, en refusant de continuer à prodiguer des soins à la suite de la pratique maladroite d'une saignée, ce qui avait entraîné une tumeur dans le bras du patient et avait rendu inévitable son amputation.

⁴³ L. KRORNPROBST, *Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion, 1957, p. 643 et s.

⁴⁴ Avis du 15 fév. 1834 de l'Académie nationale de médecine, J-O. VIOUX et V. SAHUC, « Evolution de la notion de responsabilité médicale » RFD Comp, 1989, n°15, p. 287-290

⁴⁵ LAMY, *Droit de la santé*, n°518-5

⁴⁶ A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin 2006*, éd. Economica, p. 2

⁴⁷ Cass, requ. 18 juin 1835, Arrêt *Thourey c/ Guigne*, D.P 1835, I. 300 concl. DUPIN ; JCP G. 1835. 2. 410

53. On comprend le choix de retenir la responsabilité délictuelle car, en l'absence de distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat à la charge du professionnel de santé imaginée plus tard par DEMOGUE⁴⁸. En effet, la qualification de responsabilité contractuelle était lourde de conséquences pour le médecin qui ne pouvait se défendre qu'en apportant la preuve d'une intervention d'une cause étrangère.

54. Sur le terrain de la faute délictuelle au contraire, la victime devait supporter la contrainte de la charge de la preuve de la faute du médecin pour pouvoir engager sa responsabilité. La jurisprudence se prononça pendant près d'un siècle en faveur de la nature délictuelle de la responsabilité médicale, alors que paradoxalement, elle pouvait admettre la nature contractuelle de la relation médecin-patient. Tel était le cas du paiement des honoraires d'un patient envers son médecin⁴⁹ ou de la condamnation pour rupture abusive d'une relation entre un médecin et son patient⁵⁰.

55. Cette approche est très exactement celle en vigueur aux Etats-Unis aujourd'hui, le droit américain considérant que la nature de la responsabilité devait être de nature délictuelle alors même que la relation de soins est consensuelle.

56. Le droit français a toutefois fini par considérer que cette distinction entre fondement de la relation et fondement de la responsabilité créait un déséquilibre entre l'engagement du médecin sanctionné délictuellement et l'engagement ferme du patient sanctionné contractuellement, alors même que les obligations de chacune des parties ne pouvaient pas être comparées dans leur exécution (s'obliger à soigner ne peut pas être une obligation ayant la même force que le paiement d'honoraires).

57. Se posait donc la question de savoir quel était au juste l'engagement du médecin. Cette question fut soulevée par Monsieur Paul Matter, procureur général près la Cour de cassation dans l'affaire « *Docteur Nicolas c/ Epoux Mercier* » du 20 mai 1936⁵¹: « *En quoi consiste l'obligation du médecin qui en contrepartie reçoit des honoraires ?* ». A cette question, le procureur remarque que le médecin ne s'oblige pas à guérir le malade et ce, pour la bonne et simple raison qu'il n'en a pas le moyen. Celui-ci doit se contenter d'appliquer la formule d'Ambroise Pare « *Je le pensais, Dieu le guérit* ». Le médecin ne peut pas être tenu à une obligation de guérir. En conséquence, les rapports juridiques entre médecins et patients étaient déséquilibrés.

58. La Cour de cassation a alors, dans le célèbre arrêt Mercier de 1936, décidé d'y mettre un terme. Dorénavant, les rapports unissant un médecin à son patient sont d'origine contractuelle et « *toutes les conséquences de ce contrat doivent être dirigées, inspirées, dominées, par les règles générales en matière de conventions* »⁵².

⁴⁸ DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, Rousseau, 1931

⁴⁹ Cass, requ, 21 Aout 1839, S., 1839, I, 663 ; Cass. civ. 8 Fév. 1932, DH, 1932.2. 202

⁵⁰ Cass. civ. 3 mars 1926, S., 1926.I. 116, DP, 1927. I. 93

⁵¹ Dr NICOLAS c/ époux MERCIER, Cass civ, 20 mai 1936, DP. 1936, 1, 88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P

⁵² Dr Nicolas c/ époux Mercier, Cass civ, 20 mai 1936, DP. 1936.1.88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P, S. 1937.1.321, note A. BRETON RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, n° 162, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE.

2. L'arrêt MERCIER

59. Désormais, la nature contractuelle du lien qui unit le patient à son médecin est établie : « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins (...) consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conforme aux données acquises de la science ; (...) la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle »⁵³.

60. En l'espèce, Madame Mercier, atteinte d'une affection nasale, consulta le Docteur N. radiologue qui lui prescrivit deux séries d'applications de rayons X. A la suite de cet acte médical, elle développa lentement une radiodermie aiguë qui la fit extrêmement souffrir. Elle assigna donc une première fois le Docteur N. sur le fondement des articles 1382 et 1384 du Code civil, à savoir la responsabilité du fait des choses dont on a la garde, l'appareil de radiographie ayant mal fonctionné. Cependant, le médecin lui opposa la prescription de 3 ans édictée à l'époque par l'article 638 du Code civil en matière de responsabilité délictuelle. Tirant les conséquences de cette irrecevabilité, Madame Mercier modifia la base de son action et réassigna le Docteur N. sur le fondement de l'article 1146 du Code civil, affirmant que le médecin radiologue n'avait pas su exécuter correctement le contrat de soins le liant avec sa patiente. Ainsi se posait la question de la nature du lien juridique unissant un professionnel de santé à son client.

61. Depuis l'arrêt Mercier on a pu considérer que l'existence de la nature contractuelle du lien unissant un client qui sollicite des soins et paye des honoraires et le médecin qui reçoit les honoraires et donne les soins mettait en lumière tous les éléments d'un contrat synallagmatique. Il y avait donc lieu d'appliquer à cette situation, toutes les règles du Code Civil relatives aux effets des conventions⁵⁴. La jurisprudence avait par ailleurs, bien avant l'arrêt Mercier, qualifié la relation unissant un médecin et son patient de nature contractuelle puisqu'elle affirmait déjà en 1839 « *Que la convention par laquelle un médecin s'oblige à donner pendant toute sa vie les soins de son art à une personne ou aux gens de sa maison n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs* »⁵⁵.

62. Le médecin est donc tenu de respecter l'ensemble des obligations prévues, dans l'accord qu'il a conclu avec son patient et à mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour améliorer son état de santé : « Le médecin contracte une obligation de moyens et non de résultat »⁵⁶.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ A. COLLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaires de droit civil français*, D. 3^{ème} éd., t. 2, n° 928 ; R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, T. VI, A. Rousseau, 1923-1933, n°184 et suiv. ;

⁵⁵ Cass. req. 21 août 1839, S.1839.1.663; Décision confirmée par Cass. civ. 8 fév. 1932, D.H, 1932 p. 202 « Attendu que le jugement constate que le docteur Plaisant a été choisi par la victime pour lui donner des soins ; que c'est donc en vertu de l'engagement contractuel impliqué par ce choix et non en vertu de la loi du 9 avril 1898 que ce praticien a poursuivi contre son client (...) ».

⁵⁶ R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, t. 5, A. Rousseau, 1923-1933, p.1237

II. Le questionnement de la nature contractuelle de la relation médecin-patient.

63. L'arrêt Mercier de 1936 a fait de la nature contractuelle de la relation médecin-patient, le régime de droit commun. Cependant, la pertinence de cette jurisprudence opportuniste à l'époque est à remettre en cause (1). Les apports récents de la jurisprudence française viennent confirmer l'inadaptabilité du contrat à la relation médicale (2). Le régime juridique de la responsabilité médicale doit être de nature légale et réglementaire telle qu'il est défini à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Le droit français et le droit américain pourraient dès lors, répondre des mêmes fondements juridiques.

1. La solution opportuniste de l'arrêt Mercier de 1936

64. Comme le souligne Jean Bellissent, « la nature contractuelle de la responsabilité médicale ne semble pas faire partie de ces vérités premières qui rendent tout nouvel examen incongru »⁵⁷. Pourquoi dès lors, avoir retenu le régime contractuel de droit commun en matière de responsabilité civile médicale ? La réponse se trouve dans un examen approfondi de l'arrêt Mercier de 1936⁵⁸ dont l'adoption dépendait essentiellement d'éléments d'opportunité. Si la Cour de Cassation, par cette jurisprudence, met fin à une longue période durant laquelle la responsabilité du médecin ne pouvait être que délictuelle, c'est parce qu'elle avait un intérêt « social » à le faire. La célèbre jurisprudence de 1936 ne doit sa notoriété qu'à la résolution d'une question de fait.

65. Le problème de droit à l'origine de cette jurisprudence était de connaître la nature de la prescription de l'action civile en matière de responsabilité médicale, dès lors que cette action civile était engagée isolément, en dehors et en l'absence de toute action pénale. La question est importante, car suivant le type de responsabilité retenue, à savoir une responsabilité de nature délictuelle ou contractuelle, l'écoulement de la période attachée à la prescription pouvait à l'époque être multiplié par 10. La prescription délictuelle résultant de l'article 638 du Code pénal, aujourd'hui abrogée par la loi du 23 décembre 1980, était de trois ans, alors que la prescription contractuelle de droit commun était de 30 ans. Suivant la nature de la responsabilité, les droits de la victime pour engager la responsabilité de l'auteur d'une faute médicale, s'en trouvaient totalement modifiés.

66. Afin de répondre à cette question, la Cour dû préalablement répondre à celle de la nature du lien unissant un médecin à son patient. Un lien d'origine contractuel aurait indéniablement conduit à l'engagement de la responsabilité contractuelle et donc, à l'application de la prescription trentenaire, alors que l'absence de ce lien aurait conduit à l'application de la prescription triennale.

⁵⁷ J.BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, collection Thèse, 2001, n° 784

⁵⁸ Ibid

67. Suivant une grande partie de la doctrine favorable à la qualification d'un contrat pour la relation unissant un médecin à son patient⁵⁹, la Cour de cassation en adopta le principe alors même que la prescription délictuelle ne devait pas s'appliquer, si l'action en réparation n'était pas fondée exclusivement sur un délit. Elle décida que, dès lors qu'existait un début de relation contractuelle, fut-elle fondée sur une organisation matérielle des soins (diagnostic et pronostic en échange d'honoraires), la responsabilité du médecin devait être recherchée sur le terrain contractuel.

68. C'est pour rééquilibrer les droits du patient par rapport à ceux de son médecin, que la Cour de cassation admis que la responsabilité du professionnel pouvait être fondée sur un contrat. En l'espèce en effet, l'un des soucis premiers de la Cour de cassation, était de contourner la période de prescription triennale à l'action pour fermer définitivement la voie ouverte par l'arrêt Jand'heur de 1930⁶⁰.

69. Dans les faits, Madame Mercier fut victime d'un dommage causé par la défectuosité de l'appareil de radiologie de son radiologue, le docteur N. Les préjudices subis n'ont cependant commencé à se développer que 4 ans après la réalisation de l'acte. Si la Cour de cassation avait dû suivre les règles relatives à la responsabilité du fait des choses, l'action de Madame Mercier aurait été prescrite⁶¹. Ainsi, pour protéger les droits du patient et lui accorder la réparation de ses préjudices, la Cour de cassation admis pour la première fois la nature contractuelle de la relation médecin-patient et décida que le médecin qui utilise un matériel défectueux pour soigner son patient, viole ses obligations contractuelles et engage sa responsabilité de même nature. Dès lors, puisque la responsabilité puise son origine dans la convention préexistante, il y a lieu d'appliquer les règles de la prescription trentenaire relative à la responsabilité contractuelle.

70. Cette solution aurait pu trouver aujourd'hui encore tout son sens, si la jurisprudence n'avait pas reconnu au fil des ans une responsabilité contractuelle du fait des choses (dès lors que le dommage «contractuel» est causé par une chose utilisée par le débiteur contractuel) qui rend dès lors le contournement opéré par l'arrêt Mercier de 1936 inopérant⁶². De même, la jurisprudence a développé une obligation de sécurité résultat pour le médecin dans le matériel qu'il utilise et dont la preuve lui incombe en cas de litige.

71. La solution adoptée par la Cour de cassation en 1936, certainement nécessaire à l'époque où la distinction entre obligations de moyens et de résultats, avait dès lors plus un caractère opportuniste que pertinent, même si la majorité de la doctrine penchait déjà en faveur d'une relation contractuelle, en raison du régime de responsabilité qu'elle induit. Enfin et particulièrement depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, cette solution n'a plus aucun sens en raison de l'unicité des délais de prescription décennale en matière de responsabilité pour faute médicale.

⁵⁹ A. COLLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaires de droit civil français*, D. 3^{ème} éd., t. 2, n° 928 ; R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, T. VI, A. Rousseau, 1923-1933, n°184 et s.

⁶⁰ Cet arrêt marque la reconnaissance par la jurisprudence d'une responsabilité générale du fait des choses fondée sur l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil selon laquelle, le gardien de la chose est tenu d'indemniser les préjudices causés par la chose qu'il a sous sa garde, indépendamment de toute preuve d'une faute.

⁶¹ La prescription délictuelle résultant de l'article 638 du Code pénal, aujourd'hui rendue obsolète par la loi du 23 déc. 1980, était de trois ans alors que la prescription contractuelle de droit commun était de 30 ans

⁶² J.FLOUR, J-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2I, 4^{ème} édition, A. Colin, 2006, n°206

2. *Les apports récents de la jurisprudence française venant confirmer l'inadaptabilité de la nature contractuelle à la relation de soins.*

72. Depuis 1936, le principe est celui d'une responsabilité de nature contractuelle pour tous les dommages résultants de la violation de l'obligation de moyens incombant au médecin.

73. Pourtant, depuis peu, la jurisprudence semble annoncer la fin de l'arrêt Mercier. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 juin 2010⁶³ revient sur la nature contractuelle du contrat formé entre un patient et son médecin à propos d'un manquement au devoir d'information de ce dernier. Selon la Cour, le non-respect du devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu de l'article 1382 du même code, le juge ne peut laisser sans réparation. En l'espèce, un homme avait subi une adénomectomie prostatique à la suite de laquelle il s'était plaint d'impuissance, risque inhérent à l'intervention et dont il n'avait pas été informé. La cour d'appel avait considéré qu'il ne pouvait se prévaloir d'une perte de chance d'échapper à ce risque, qui s'était réalisé, à la suite de ce défaut d'information, dès lors qu'il n'existait pas d'alternative à l'intervention litigieuse et qu'il était « *peu probable que le patient, dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de l'intervention, aurait renoncé à celle-ci et aurait continué à porter une sonde qui lui faisait courir des risques d'infection graves* ». La décision de la cour d'appel fut pourtant remise en cause par la Cour de cassation qui, statuant au visa des articles 16, 16-3 alinéa 2, et 1382 du Code civil, rappelait que le contenu du consentement devait être exprimé par le patient et les conditions dans lesquelles ce dernier devait être recueilli, puis énonçait que le non-respect « *du devoir d'information qui en découle cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* ».

74. La décision du 3 juin 2010 revient sur une jurisprudence qui bien que rendu au visa de l'article 1382 du Code civil, considérait qu'aucun préjudice, ne serait-ce que moral, ne résultait du manquement par un médecin à son obligation d'information dès lors qu'il était établi que, informé des risques, le malade n'aurait pas refusé de se soumettre à l'intervention⁶⁴. La Cour admet dorénavant, toujours au visa de l'article 1382 du Code Civil, qu'un tel manquement doit nécessairement être réparé. Elle ouvre ainsi la voie à une réparation systématique du manquement au devoir d'information, quand bien même les conditions d'une indemnisation pour perte de chance ne seraient pas remplies.

⁶³ Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010. 1522, obs. I. GALLMEISTER, note P. SARGOS ; ibid. 1801, obs. D. BERT ; ibid. 2092, chron. N. AUROY et C. CRETON ; RTD civ. 2010. 571, obs. P. JOURDAIN, Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, AJDA 2010. 2169, note C. LANTERO. ; Dans un arrêt du 10 octobre 2012, le Conseil d'Etat consacre également l'existence d'un préjudice moral, indépendant de la perte de chance de se soustraire au risque lié à une intervention, en cas de défaut d'information du patient au sujet d'une intervention même impérieusement requise, AJDA 2012, p. 1927

⁶⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, D. 2008. Jur.192, note SARGOS, Chron. 804, obs. L. NEYRET ; Chron. 1908, obs. M. BACACHE ; RTD civ. 2008. 303, obs. P. JOURDAIN et obs. 272, J. HAUSER.

75. D'un point de vue du droit civil, cette décision est pourvue de bon sens. En effet, la responsabilité médicale contractuelle telle qu'elle résultait de l'arrêt Mercier, fut entre autre construite pour rééquilibrer les droits du patient par rapport à ceux de son médecin⁶⁵. De plus le modèle contractuel ne rend pas bien compte de la relation médecin patient, notamment d'un point de vue du consentement. Le consentement à un acte de médical, de diagnostic ou de soins est en effet moins un consentement contractuel qu'une « exigence inhérente aux droits de chacun à la conservation de son intégrité corporelle »⁶⁶, notamment protégé par l'article 16-3 du code civil. C'est donc dans le sens d'une responsabilité de nature extracontractuelle que se dirige la décision rendue par la Cour de cassation le 3 juin 2010.

76. Par ailleurs, il reste que certaines relations médecin-patient n'entrent pas dans le cadre strictement contractuel de droit privé. Comment en effet, doit-on considérer les relations entre un patient et un médecin hospitalier, à savoir une relation de droit public ? D'autre part, qu'en est-il de la relation entre un médecin et son patient qui n'est, ni régie par le droit public ni par le droit contractuel ? Le droit de la responsabilité médicale en France repose sur de multiples fondements dont la complexité ne facilite pas la compréhension des médecins et des victimes.

77. A l'image du droit américain, il serait donc intéressant pour plus de cohérence et de compréhension, d'établir un régime unique de responsabilité fondée sur le concept de « *negligence* ».

78. Le médecin quoiqu'il arrive est, en effet, tenu à une obligation de soigner. A cet égard, son obligation est moins contractuelle que légale, réglementaire et morale. Elle nie donc toute possibilité de contractualisation de la relation. La relation médecin-patient apparaît donc complexe et non uniforme. De plus, au regard du régime de responsabilité, le régime délictuel répond sans doute mieux à une tentative d'unification de cette relation complexe. Cette conception est très proche de la réalité de l'analyse américaine de la relation.

⁶⁵ A. COLLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaires de droit civil français*, D. 3^{ème} éd., t. 2, n° 928 ; R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, T. VI, A. Rousseau, 1923-1933, n°184 et suiv. .

⁶⁶ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, n° 249 et s.

§2. Une responsabilité de nature différente selon la situation du médecin et de son patient.

79. En France, la responsabilité médicale n'a pas pour seul fondement, un régime contractuel de droit privé. Contrairement au droit américain, ce qui fait à la fois l'originalité et la complexité du droit français de la responsabilité médicale, c'est la cohabitation du régime contractuel avec un régime légal et réglementaire de droit public (I), mais également avec des situations soumises au régime de responsabilité délictuel de droit privé (II).

I. La situation du médecin exerçant dans un établissement public de soins

1. Un régime légal et réglementaire

80. Tous les médecins et leurs patients ne se trouvent pas dans une situation soumise au droit privé. Cette relation médicale peut également exister dans le cas où un patient, qui deviendra alors un usager, bénéficie du service public hospitalier.

81. Le service public assure en effet une activité correspondant à « *un besoin social* »⁶⁷. Ainsi, pour corriger les éventuelles inégalités résultant de l'application stricte de la loi de marché de l'offre de soins, l'Etat et les collectivités mettent en place des services publics de santé gérés soit directement, soit indirectement. Dès lors que le patient est pris en charge par un médecin participant au service public hospitalier, celui-ci se trouve dans une situation légale et réglementaire et ne pourra mettre en œuvre la responsabilité du médecin, que devant les tribunaux administratifs.

82. Les règles relatives à la responsabilité administrative n'ont pas toujours été ce qu'elles sont. Jusqu'au début du XIX^{ème} siècle, en effet, aucune réparation correspondant aux actes fautifs de l'administration n'était admise, elle ne pouvait résulter que des dommages causés par ses actes de gestion. Il a fallu attendre une célèbre décision du Tribunal des conflits de 1873, l'arrêt Blanco⁶⁸, pour que soit consacrée la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les services publics ainsi que la compétence de la juridiction administrative pour en connaître. Dans cette affaire, une enfant avait été renversée et blessée par un wagonnet d'une manufacture de tabac, exploitée en régie par l'Etat. Le père de cette enfant avait saisi les juridictions judiciaires afin de voir déclarer l'Etat civilement responsable sur le fondement des articles 1382 à 1384 du Code civil. Le litige fut élevé devant le Tribunal des conflits qui attribua la compétence à la juridiction administrative pour le trancher.

⁶⁷ A. DEMICHEL, *Droit médical*, Berger-Levrault, 1983, p. 28

⁶⁸ T. confl., 8 févr. 1873, Blanco, D. 1873.3.20, concl. DAVID

83. La mise en œuvre de la responsabilité de l'administration fut encore plus tardive pour ce qui concerne les dommages survenus dans l'enceinte d'un hôpital public, puisqu'il fallut attendre les arrêts Vion et Philipponneau de 1935⁶⁹ pour que le Conseil d'Etat admette cette responsabilité pour faute lourde. Depuis, la jurisprudence est allée encore plus loin dans la reconnaissance de la responsabilité de la puissance publique en matière médicale. Dans l'arrêt Rozet⁷⁰ du 29 juin 1959 le Conseil d'Etat admis que la faute simple engageait à elle seule la responsabilité du service public hospitalier pour les actes non médicaux, mais continua d'affirmer que la faute lourde était exigée du chef des actes médicaux. En 1992, le Conseil d'Etat, dans un arrêt *Epoux V*, abandonna la notion de faute lourde pour qu'un hôpital public puisse être condamné en raison des dommages, qu'un acte médical a causé à un malade⁷¹. Cette évolution jurisprudentielle, considérée comme une véritable amélioration des droits des victimes se poursuivit avec l'arrêt *Bianchi* de 1993 qui admis que la responsabilité de la puissance publique pouvait être engagée pour risque⁷². Cette position reprenait celle de la Cour administrative d'appel de Lyon qui en 1990, condamnait les Hospices Civils de Lyon pour les conséquences d'une opération, au cours de laquelle un malade fut victime d'une paralysie des membres inférieurs bien qu'aucune erreur médicale ne fut commise⁷³. La responsabilité pour faute présumée est donc acquise pour les juridictions administratives.

84. De lors, la faute simple⁷⁴ suffit à engager la responsabilité du médecin public comme celle du médecin privé. Cependant, le principe de séparation des compétences demeure. En effet, au-delà d'une responsabilité de nature contractuelle, les litiges entre médecins et patients peuvent être gouvernés pas les règles de la responsabilité délictuelle. Cette approche, sans doute préférable à celle choisie par l'arrêt Mercier précité, est également celle choisie par le droit américain.

⁶⁹Dame Vion et Dame Philipponneau, Rec. CE, p. 1019, 1020 ; D. 1936, III, note HEILBRONNER

⁷⁰ CE, 26 juin 1959, Rec. CE, 1959, p. 405 ; D 1960, p. 112 ; A.J.D.A., 1959, p. 273, conclusions J. FOURNIER. L'arrêt Rouzet donne une définition d'un acte médical, à savoir « un acte qui ne peut être exécuté que par un médecin ou par un chirurgien, ou ceux qui ne peuvent être exécutés par un auxiliaire médical que sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin » ; M.L. MOQUET-ANGER, *La responsabilité hospitalière, Philosophie, éthique et droit de la médecine*, P.U.F, 1997, p. 339.

⁷¹CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V, Rec. CE, 1992, p. 171, concl. H. LEGAL ; Dr adm. 1992, n°265 ; AJDA 1992, p. 335, concl H. LEGAL ; RFDA. 1992, p. 571, concl H. LEGAL ; JCPG, 1992, 2, 21881, note J. MOREAU ; Petites affiches 1992, n°80, p. 23, note HAIM ; Rev. Adm. 1993, p 561, note P. FRAISSEX ; D. 1993, somm. p 146, comm. BON et TERNEYRE ; GAJA, n° 119, p. 765

⁷² CE, 9 avr. 1993, Bianchi, JCP. 1993,2, 22061, note. J. MOREAU ; RFDA, 1993, p. 573, concl. S. DAEL ; AJDA, 1993, p. 344, chron. Ch. MAUGUE et L. TOUVET.

⁷³ CAA LYON, 21 déc. 1990, Gomez, Rec. CE p. 498 ; JCP 1991, 2, 21698, obs. J.MOREAU ; RDSS 1991 p. 258, note R.M. MEDOUZE ; AJDA 1991, p. 157 ; D. 1991, somm. 292, obs. P. BON et Ph. TERNEYRE ;

⁷⁴La faute simple en droit privé est tirée d'un manquement à l'obligation de moyens du médecin

2. La responsabilité du médecin exerçant en établissement public

85. Un médecin participant au service public hospitalier ne peut en principe, être tenu pour personnellement responsable des dommages qu'il cause dans l'exercice de ses fonctions. Comme il a précédemment été expliqué, l'utilisateur d'un hôpital public se trouve dans une situation légale et réglementaire qui l'oblige à porter le litige devant les juridictions administratives. Seule la responsabilité de la personne publique responsable doit être recherchée. Dans le cas où le dommage interviendrait dans l'enceinte d'un hôpital public, c'est la responsabilité de l'établissement qui devra être recherchée.

86. Il est cependant des hypothèses où des personnes travaillant pour le compte d'une personne publique peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée et ce, devant les juridictions de l'ordre judiciaire. C'est le cas des médecins ayant commis une faute détachable du service. La différence entre la faute de service et la faute personnelle fut établie par l'arrêt Pelletier de 1873 rendu par le tribunal des conflits⁷⁵. Dans ses conclusions de l'affaire Laumonier-Carriol⁷⁶, F.J Laferrière exposait qu'il y avait faute de service si l'acte dommageable est « *impersonnel, révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur* », tandis que la faute personnelle révèle « *l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences* ». Les conséquences sont importantes.

87. L'agent public qui commet une faute personnelle est soumis aux règles du droit privé, alors qu'en cas de faute de service, l'administration est seule responsable à l'égard des tiers. Ainsi, quand bien même le dommage se serait produit au sein d'un hôpital public et par une personne participant au service public, il est possible d'élever le conflit devant les juridictions judiciaires, dès lors que la faute commise est sans rapport avec le fonctionnement normal du service. Dans ce cas, l'Etat ne peut plus se porter responsable de ses agents. Il s'agit d'une exception aux règles de droit public qui, de manière générale, considèrent que l'administration publique est responsable des actes commis par les personnes participant à une mission de service public.

88. Les définitions de la faute personnelle et de la faute de service ont cependant évolué depuis la décision Pelletier. La notion de faute personnelle est devenue très restrictive. Il s'agit de fautes d'une telle gravité, comme la volonté de nuire, les injures, les brutalités, les malversations, commises dans le cadre des fonctions qui traduisent une faute individuelle du médecin et non une faute de service. Cependant, au sens du droit public, la faute personnelle ne revêt pas nécessairement un caractère pénal. Elle peut tout à fait revêtir le caractère d'une faute de service. C'est ce qu'a jugé le tribunal des conflits dans l'affaire Thépez⁷⁷. La responsabilité de l'administration est engagée en raison du lien entre la faute personnelle et le service lorsque les fautes ont été commises « avec des moyens du service »⁷⁸ ou « en raison de facilités procurées par le service »⁷⁹.

⁷⁵T. confl., 30 juillet 1873, PELLETIER, Rec. CE, p. 117 ; DP. 1874, 2I, p. 5 concl. DAVID

⁷⁶T. confl., 5 mai 1877, Laumonier-Carriol, Rec. CE, 1877, p. 437, concl. Laferrière.

⁷⁷CE, 14 janv. 1935, Thépez, S. 1935, 3, 17, note ALIBERT ; G.A.J.A., 1999 n°52

⁷⁸CE 23 déc. 1987, Epoux Bachelier, Rec. CE, p. 431 ; AJDA 1988, p. 364, obs. PRETOT

⁷⁹CE 18 nov. 1988, Epoux Raszewski, Rec. CE, p. 416

89. Dans ces cas, la victime dispose d'un double recours. Elle peut engager la responsabilité de l'agent devant les tribunaux judiciaires et celle de l'administration devant la juridiction administrative, l'administration disposant alors d'une action récursoire contre l'agent. Toutes les autres fautes qui ne revêtent pas un caractère personnel sont des fautes de service. Il s'agit de fautes dans l'exécution du service public qui peuvent résulter d'ordres inappropriés, d'une mauvaise organisation, de moyens insuffisants, d'un manque de prévoyance, d'erreurs d'appréciations de la hiérarchie ou de l'agent d'exécution. C'est donc le fonctionnement même du service qui est en cause et dans ce cas, l'administration est seule comptable des fautes de ses agents

90. La jurisprudence administrative distingue en définitive trois catégories de fautes :

- La faute personnelle dépourvue de tout lien avec le service engageant la seule responsabilité de l'agent,
- La faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service engageant la responsabilité de l'agent et celle de l'administration,
- La faute de service dont seule l'administration doit répondre.

91. Cette conception est très protectrice des droits des agents publics et de ceux des victimes, ces dernières disposant de grandes facilités pour demander à titre principal, réparation de leur préjudice à l'Etat toujours solvable. De la même manière qu'un médecin participant au service public hospitalier peut être déclaré personnellement responsable en cas de fautes détachables du service, un médecin salarié d'une clinique privée peut également être civilement responsable des actes fautifs qu'il a commis.

II. La situation du médecin exerçant au sein d'un établissement privé de soins

92. Le statut de médecin salarié d'un établissement privé, a très sensiblement évolué au cours de ces dernières années. Il soulève une problématique spécifique, car le médecin est subordonné dans l'exécution de son travail, alors que le code de déontologie lui adjoint indépendance et secret professionnel⁸⁰. L'activité de médecin étant une activité libérale et indépendante, il a toujours été admis que celui-ci devait répondre de tous les actes pour lesquels il était reconnu fautif. Ainsi, quand bien même celui-ci exerçait en tant que salarié d'un établissement de soins, il devait répondre personnellement de ses erreurs. C'est l'arrêt Dubois du 27 Octobre 1978 qui admis pour la première fois que l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur activité, 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 dispensaient leurs soins et déduit l'existence d'un contrat de travail en vertu de la présence d'un certain nombre d'éléments.

⁸⁰Le premier Code de déontologie médicale du 27 juin 1947 mettait l'accent sur l'interdiction de toute collaboration d'un médecin qui ne préserverait pas sa « complète indépendance professionnelle » : article 10 alinéa 3. Aujourd'hui, l'article R. 4127695 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 ».

93. Ainsi, l'absence de liberté dans le choix des malades, la fixation des conditions de travail (horaires, lieu de consultation, matériels et personnels fournis par la clinique), et le paiement des honoraires par l'établissement et non par le malade, sont tout autant d'éléments permettant de déduire que le médecin se trouve dans un rapport de subordination vis à vis de la clinique qui l'emploie⁸¹.

94. Cette solution paraissait d'une pertinence incertaine, car elle permettait dans toutes les hypothèses, et quelque soit la gravité ou la nature de la faute du médecin salarié, d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre ce dernier, du seul fait de son indépendance professionnelle. Le médecin salarié se trouvait donc dans une situation défavorable, non seulement par rapport au médecin du service public hospitalier, mais aussi par rapport aux autres salariés qui bénéficient d'une immunité lorsqu'ils restent dans le cadre de leur mission. Il était en effet considéré, qu'un contrat de soins existait entre le patient et l'établissement de santé seul⁸².

95. Les rapports entre le médecin et le malade ne pouvaient donc être de nature délictuelle. C'est ce qui ressort de l'arrêt Borksenbaum⁸³ qui marque un véritable tournant dans la relation triangulaire existant entre un établissement de santé, un médecin et le malade. Il y a un véritable « effacement du contrat médical devant le contrat de soins avec l'établissement hospitalier »⁸⁴. Il en résulte que lorsque un patient bénéficie de soins pratiqués par un médecin salarié d'un établissement de santé, le contrat de soins est conclu avec ce dernier et non avec le médecin.

96. Depuis la jurisprudence de la Cour de cassation a fortement évolué. En vertu du principe de l'indépendance professionnelle, la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mai 1999⁸⁵, considérait qu'en cas de faute d'un médecin salarié, le patient victime d'un préjudice peut, indépendamment de l'action qu'il est en droit d'exercer sur un fondement contractuel à l'encontre de l'établissement de santé privé, rechercher sur le terrain délictuel, la responsabilité du praticien⁸⁶.

⁸¹Cass. soc., 27 oct.1978, , pourvoi n° 77- 41 477, Bull. 1978, V, n° 725, p. 544; JCP 1979, IV, 5.

⁸²Cass. civ., 1^{ère}, 6 mars 1945, Michelli c/ Clinique saint croix, D. 1945. 217

⁸³Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1991, Bull. 1991, I, n° 185, p. 122 ; D. 1993, somm. p. 24, obs. J. PENNEAU ; J.C.P 1991, II, 21730, note R. SAVATIER ; R.T.D.Civ. 1992, p. 123, obs. P. JOURDAIN

⁸⁴Note R. SAVATIER précitée

⁸⁵Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, Bull. 1999, I, n° 175, p. 115

⁸⁶Rapp. Annuel de la Cour de cassation 2000, p. 394 ; J.C.P. 1999, 2, 10112, rapp. P. SARGOS ; D. 1999, note E. SAVATIER p. 719 et somm. p. 386 obs. J. PENNEAU ; R.T.D.Civ. 1999, p. 634. obs. P. JOURDAIN

97. Deux arrêts du 9 novembre 2004 de la Cour de cassation, font fi du statut particulier des professions médicales indépendantes et excluent ainsi toute possibilité d'action en responsabilité personnelle contre le médecin et la sage-femme, salariés d'une clinique qui auraient agi sans excéder la limite de leur mission, fussent leurs professions indépendantes⁸⁷. Les jurisprudences de 2004 sont une extension de l'arrêt Costédoat⁸⁸ relatif à l'immunité du préposé ayant agi sans excéder la limite de sa mission, à moins qu'il n'ait commis une faute intentionnelle, ayant causé un préjudice à autrui⁸⁹.

98. Les solutions retenues par la Cour de cassation le 9 novembre 2004 s'expliquent par différents arguments :

D'une part l'indépendance professionnelle du médecin dans un établissement hospitalier paraît limiter en raison de l'absence de choix personnel du médecin par le patient. Cette indépendance n'est caractérisée qu'au regard du choix du traitement et de sa mise en œuvre.

D'autre part, depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, les établissements de santé sont tenus de souscrire à une assurance couvrant leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même s'ils disposent d'une indépendance dans l'exercice de leur activité médicale⁹⁰.

99. Un arrêt du 12 juillet 2007 a apporté d'importantes précisions sur les conditions de l'immunité des médecins et des sages-femmes salariés. La Cour énonce en effet que le médecin bénéficie de cette immunité et n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient, dès lors que les actes prodigués ont été accomplis sur les lieux de travail, avec les outils fournis par l'établissement de santé et dans le cadre de la mission qui lui a été confiée sans dépassement de celle-ci. Cette immunité est applicable, quand bien même le patient aurait été accueilli en consultation libérale privée et ce préalablement à l'admission en établissement de soins⁹¹.

⁸⁷ Cass, civ. 9 nov. 2004, JCP G 16 fév. 2005, p 327, note D. DUVAL-ARNOULD

⁸⁸ Cass. A.P., 25 fév. 2000, Bull. 2000, A.P. n°2, p. 3; Rapp. Annuel de la Cour de cassation 2000 ; p. 315 ; D. 2000. 1230, note J. JULIEN et D. 2000. 1317 obs. D. MAZEAUD et 2117, obs. B. THUILLIER ; R.T.D.Civ. 2002, p. 109, obs. P. JOURDAIN

⁸⁹ Cass. A.P, 14 déc. 2001, Bull. 2001, A.P. n°17 p. 35; D. 2002, p. 1230, note J. JULIEN et somm. 1317, obs. D. MAZEAUD ; R.T.D. Civ. 2002, p. 109, obs. P. JOURDAIN ; Droit et Patri. , mars 2002, p. 94, obs. F. CHABAS ; J.C.P. 2002. 2. 10026 note BILLAU et JCP 2002.1. 124, obs. G. VINEY ; L'avant-projet de réforme de droit des obligations dit « projet CATALA » proposait d'instituer une responsabilité subsidiaire du préposé lorsque la victime ne pouvait obtenir la réparation du commettant ou de l'assureur de celui-ci. Cependant cette proposition ne fut pas bien accueillie par le groupe de travail institué par la Cour de cassation pour émettre un avis sur cette réforme considérant que le salarié ne pouvait pas être le garant ou l'assureur occasionnel de son employeur.

⁹⁰ C. santé publ, art. L.1142-2

⁹¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2007, F. VIALLA, « Retour à Costédoat », Rev. Droit & Santé, 2007, n°20, p. 730 ; Gaz. Pal. 2008, n°127, note X. LEDUCQ ; Gaz. Pal. 2008, n°101 ; LPA, n°248, 2007, note J.-F. BARBIERI ; RGDA, 2008, n°2008-1, note J. KULLMANN ; JCP G 2007. 2. 10162, note S. HOCQUET-BERG

100. Plusieurs hypothèses de mise en œuvre de la responsabilité du médecin s'ouvrent ainsi à la victime d'une faute médicale. La victime d'un dommage résultant de la faute d'un médecin salarié d'un établissement de santé privé, est dans un rapport de nature contractuel avec l'établissement. Elle peut donc engager directement la responsabilité contractuelle de la clinique. Toutefois, une action en responsabilité personnelle contre le médecin, reste toujours possible sur le terrain délictuel, puisque aucune convention n'a été conclue avec ce dernier⁹². La victime dispose alors du choix d'agir contre :

- la seule clinique sur le terrain contractuel,
- le médecin salarié sur le terrain délictuel,
- les deux dans le cadre d'une responsabilité *in solidum*⁹³.

L'intérêt de cette dernière action étant que la réparation sera assurée par la personne la plus solvable.

101. Par contre, les victimes par ricochet qui sont dans un rapport non pas contractuel, mais délictuel à l'égard de la clinique, employeur du médecin fautif, peuvent mettre en œuvre le régime de la responsabilité délictuelle des commettants du fait de leurs préposés issu de l'article 1384 alinéa 5 du Code Civil. Les proches d'une personne victime d'une faute médicale pourront donc rechercher la responsabilité de la clinique pour les fautes du médecin, n'ayant pas excédé la limite de sa mission et ayant agi dans le cadre de ses fonctions, quand bien même elles ne seraient pas liées par un contrat avec cette dernière. L'action en responsabilité délictuelle de droit commun des articles 1382 et suivants du Code Civil reste bien entendu ouverte contre le médecin fautif, sa responsabilité personnelle pouvant toujours être recherchée. Il faut cependant bien noter que lorsque le médecin, exerçant au sein d'une clinique, bénéficie d'un statut libéral, la responsabilité de l'établissement ne peut pas en revanche être engagée du fait de l'inexécution dommageable de l'acte de soins par ce dernier. Seule la responsabilité personnelle du praticien est alors envisageable, et doit être engagée sur le terrain contractuel, car le contrat de soins est passé avec le médecin et non avec la clinique.

102. Les régimes de responsabilité visant à assurer la réparation d'un dommage résultant d'une faute médicale sont multiples et variés, ce qui les rend parfois difficiles à appréhender pour les victimes et leurs médecins. Il importe donc de les unifier sous un seul et même régime, qui à l'image du droit américain, pourrait être celui de la responsabilité délictuelle. En droit français en effet, le contrat médical n'a plus réellement de sens, particulièrement au regard de la nécessité de recueillir le consentement du patient, qui tient plus à l'intégrité de la personne humaine qu'à une condition de validité d'une convention. D'autre part, la loi du 4 mars n° 303-2002, a hissé les obligations, autrefois jurisprudentielles du médecin, au rang d'obligation légale et indépendamment du tout contrat. Dès lors qu'un médecin faillit à une obligation, ou commet une erreur médicale, il engage donc sa responsabilité sur un fondement qui est avant tout légal et non pas contractuel. C'est également l'approche du droit américain qui a unifié le contentieux de la responsabilité pour faute médicale sous le régime des « *torts* ».

⁹²P. SARGOS, rapport Cass. 1^{ère} civ. 26 mai 1999, JCPG 1999. 2. 10112

⁹³Cette solution fut celle retenue par le Tribunal des conflits dans une affaire rendue à propos d'un déni de justice résultant de décisions inconciliables des juridictions judiciaires et administratives à propos d'une même affaire ; T.C. 20 fév. 2002, Bull. 2002 n°2

SECTION II. UN STATUT JURIDIQUE SIMPLIFIE EN DROIT AMERICAIN

103. Depuis l'implantation de la *Common law* aux Etats-Unis au XVII^{ème} siècle, le régime de la responsabilité n'a pas évolué. Il est issu des anciens *writs*, règles de procédure, qui permettaient la mise en œuvre d'actions en justice contre des personnes, dont la faute a causé un préjudice. Ces *writs* ont évolué au fil des siècles pour laisser place aux concepts fondamentaux que connaît aujourd'hui le droit américain, à savoir les règles de responsabilité contractuelle et délictuelle. Comme en droit français, le droit de la responsabilité médicale, plus particulièrement, est fondé sur une relation de type consensuelle. Le médecin et son patient sont en effet tenus, l'un envers l'autre à certaines obligations, qui si elles ne sont pas respectées peuvent entraîner leur responsabilité (§1).

104. Pourtant, contrairement au droit français, qui a longtemps posé le principe d'une responsabilité contractuelle pour résoudre les conflits issus d'un litige opposant un patient à son médecin, le droit américain a choisi de se référer aux règles de la loi des *torts* qui s'apparente plus dans notre droit aux règles de responsabilité de nature délictuelle. Cette conception de la responsabilité médicale n'est pas le fruit de jurisprudences ou de textes réfléchis par le pouvoir législatif, elle est issue d'une tradition historique du droit de la responsabilité (§2).

§1. Le fondement consensuel de la relation médecin-patient aux Etats-Unis

105. En droit américain, le médecin et son patient sont, comme en droit français, dans un rapport de nature consensuel. Ce dernier résulte d'un accord mutuel et volontaire dans lequel, le patient est libre de choisir son médecin qui à son tour, est libre d'accepter de le soigner ou pas. En règle générale, cet accord est express mais il peut arriver que la jurisprudence en tire les conséquences de situation de faits. Une fois que l'accord a été qualifié, il a pour effet de faire naître des obligations de la part de chacune des parties. Une personne malade recherche l'assistance d'un médecin, qui acceptera de considérer cette personne comme son patient⁹⁴. Ce principe fut affirmé par l'arrêt *Findlay v/ Board of Supr's* de 1951⁹⁵. Pour autant, l'établissement d'une relation consensuelle par les juges, relève d'une question de fait⁹⁶.

106. Ainsi, dans une affaire *O'Neill v/ Montefiore Hospital*, la Cour considéra qu'existait entre le patient Mr O'Neill et son médecin le Dr Craig une relation consensuelle dès lors que le malade avait exprimé sa volonté d'être soigné et que le médecin lui avait prodigué certains conseils et ordonné un traitement⁹⁷.

⁹⁴ Aux Etats-Unis, le médecin est totalement libre de choisir avec qui établir une relation professionnelle. Cette liberté de choix est d'origine légale, tout comme en droit français ; C. HAVIGHURST, « When does a patient doctor relationship exist ? » , *Health care law and Policy : Readings, Notes and Questions*, University casebook series, Fondation Press, 1988, p 757

⁹⁵ Etats-Unis, *Findlay v/ Board of Sup'rs of County of Mohave*, 1951, 72 Ariz 58, 230 P 2d 526, n° 5328

⁹⁶ Etats-Unis, S. E. PEGALIS et H. F. WACHSMAN, *American law of medical malpractice*, Vol 1., 2nd ed., Deerfield, IL, 1992, p 46

⁹⁷ *O'Neill v/ Montefiore Hospital*, 11 A.D.2d 132, 202 N.Y. S.2d 436, 134-135 (1st Dep't 1960) : « We must hold that the jury could have concluded that Doctor CRAIG undertook to diagnose the ailments of the deceased and could have decided whether he abandoned the patient, inadequately or improperly advised him or conversely, made a proper diagnosis fully appropriate under the circumstances, or offered an examination which was rejected ».

107. De même, dans un arrêt *HISER v/ RANDOLPH*⁹⁸, la Cour, pour rechercher l'existence d'une relation entre un médecin et un malade, s'est attardée sur le fait de savoir si les parties avaient pour l'une, manifesté la volonté d'être soignée et pour l'autre, accepté d'établir un diagnostic et de prodiguer des soins. En l'espèce, un patient fut admis au service des urgences d'un hôpital. Le médecin de garde n'étant pas présent à ce moment-là, l'infirmière prit la peine de l'appeler. Celui-ci refusa de se rendre au chevet du malade et le patient décéda. Une action fut engagée.

108. La cour conclut à juste titre que dès lors, que le médecin avait accepté d'être de garde ce jour-là, il s'était engagé à traiter toute personne qui serait amenée à se présenter au service des urgences. Le juge a donc considéré qu'une relation consensuelle s'était établie entre le patient décédé et le médecin fautif. Dans cette affaire, on peut considérer que le médecin, en acceptant d'être de garde, s'est positionné en situation d'offre de soins.

109. Qu'en est-il cependant lorsque le médecin est face à une situation d'urgence? Le droit américain considère-t-il que le médecin est lié à son patient par un contrat alors que le patient n'a pas consenti à ce que le médecin lui prodigue des soins ? Dans ce cas, le droit américain admet, tout comme le droit français, que les soins peuvent intervenir en dehors de tout accord consensuel. Il s'agit de l'application de la théorie du *good samaritan statute* selon laquelle, toute personne se trouvant confronté à une situation d'urgence est en droit d'intervenir, si elle en a la possibilité et les moyens. Pour autant, et c'est là une différence fondamentale avec notre droit, en aucun cas ce « bon samaritain » ne pourra engager sa responsabilité. Son comportement altruiste anéantit toute possibilité de poursuites contre lui, à moins qu'il n'ait commis d'erreur totalement grossière⁹⁹.

110. Dès lors qu'existe un commencement de relation entre un médecin et un patient, les tribunaux américains n'hésitent pas à la qualifier de relation consensuelle. Cette analyse est proche de celle du droit français qui établit l'existence d'une convention aussitôt la volonté de chacune des parties exprimée. En effet, selon une analyse classique volontariste, le cœur du contrat est l'accord de volonté. Le contrat est ainsi formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

111. Il existe cependant une autre approche de la formation du contrat. Ainsi, M.G. ROUHETTE a pu écrire que « *la convention n'achèverait de se former qu'en s'exécutant, et ne serait pleinement obligatoire que lorsqu'elle aurait, au moins, commencé à être exécutée* »¹⁰⁰.

⁹⁸ *Hiser v/ Randolph*, 29 juil. 1980, 126 Ariz. 608(1980, App), 617 P2d 774

⁹⁹ N Etats-Unis, N.Y. Educational law, § 6457 (physician's assistant) ; § 6537 (2) (physician) ; § 6611 (dentist) : « The only exception to this rule (the relationship between a physician and his patient implies an agreement) occurs when a medical practitioner acts pursuant to a good Samaritan statute, in an emergency situation outside any place having the proper and necessary medical equipment. In such a circumstance, the physician is liable only for gross negligence ».

¹⁰⁰ G. ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Mélanges Rodière, Dalloz, 1981, p. 247-272.

112. Que l'on se place du côté de l'appréciation classique de la théorie de l'accord des volontés ou de celle plus moderne, considérant que le contrat ne peut être formé que s'il a commencé à être exécuté, on remarque que le droit français et le droit américain appréhendent la conception de la formation du contrat de la même façon. Selon la position classique du droit américain, découlant de l'arrêt *FINDLAY v/ BOARD of Supr's* de 1951¹⁰¹, une convention entre un médecin et son patient, pour exister, doit nécessairement être formée par la rencontre de la volonté du patient de se faire soigner et celle du médecin d'accepter la personne en tant que patient. Il y a donc bien, comme c'est le cas en droit français, la rencontre d'une demande, celle du patient, et d'une acceptation, celle du médecin.

113. Par ailleurs, on peut rapprocher la théorie moderne de l'exécution du contrat de l'appréciation factuelle de la jurisprudence américaine. Ainsi, les tribunaux américains ont pu déduire, dans une affaire *WILLOUGHBY v/ WILLKINS* de 1983¹⁰², l'existence d'une relation de soins entre un médecin et son patient, du simple fait de l'évaluation de l'état de santé du malade. En l'espèce, un patient fut conduit en salle d'urgence où un médecin pratiqua les premiers examens médicaux. Il lui indiqua ensuite de rentrer chez lui et de s'adresser à son médecin traitant. Une complication survint et le malade assigna le médecin de garde qui pour se défendre, soutint qu'il ne pouvait exister de relation consensuelle parce qu'il n'avait effectué aucun soin mais une simple consultation. Les tribunaux ont pourtant accueilli favorablement la demande du patient considérant qu'il existait une relation entre le patient et le médecin dès lors, que celui-ci avait procédé à l'évaluation de l'état de santé du malade. En d'autres termes, la relation consensuelle a été déduite du fait d'un commencement d'exécution des obligations découlant de cette relation, à savoir l'établissement du diagnostic par le médecin. L'établissement d'un diagnostic fait en effet, partie des obligations du médecin, obligations découlant de la nature consensuelle de la relation, et qui se rapproche de la nature contractuelle que connaît le droit français.

¹⁰¹Etats-Unis, *Findlay v/ Board of Sup'rs of County of Mohave*, 1951, 72 Ariz 58, 230 P 2d 526, n° 5328

¹⁰²Etats-Unis, *Willoughby v/ Wilkins*, 20 dec. 1983, 65 (NC App 626), 310 SE 2d 90,

§2. Une responsabilité plus largement fondée sur un principe délictuel aux Etats-Unis

114. Aux Etats-Unis, bien que la relation qui unit un médecin à son patient est de nature consensuelle, la responsabilité qui pourrait résulter d'un conflit est fondée sur la loi des *torts*, loi qui s'apparente au droit de la responsabilité délictuelle¹⁰³ (I). Le droit américain considère que le droit des contrats n'est pas suffisamment adapté au droit de la responsabilité médicale, dans le sens où il n'est pas assez protecteur des droits des patients. L'acte médical est un acte susceptible d'intenter à l'intégrité physique de la personne, en conséquence le patient doit pouvoir être indemnisé de l'ensemble des préjudices qu'il a subi et pas seulement de ceux résultant d'une simple inexécution. En ce sens, le droit américain interdit toutes clauses étant susceptibles de limiter la responsabilité du médecin (II).

I. La responsabilité du médecin régie par la loi des torts aux Etats-Unis

115. Le principe de la responsabilité qui domine en matière médicale aujourd'hui résulte d'un cheminement historique prenant sa source dans l'avènement de la *Common law* implantée aux Etats-Unis au XVIIème siècle (A). Les règles qui furent dégagées à cette époque n'ont pas subi de modifications profondes, si bien qu'aujourd'hui encore, elles sont en vigueur (B). Cette approche de régime de la responsabilité médicale est en contradiction avec l'arrêt Mercier de 1936¹⁰⁴ mais se rapprochent fortement du fondement juridique dégagé par l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation en date du 3 juin 2010.

1. Les prémices de la responsabilité médicale aux Etats-Unis

116. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les actions en responsabilité médicale ne sont pas une invention récente des plaignants américains, qui veulent donner une valeur lucrative au dommage dont ils ont été victimes. Pour la doctrine américaine et plus précisément selon John Maxcy, cette responsabilité date de l'époque babylonienne, où la faute médicale était appréciée selon un standard de soins proche de celui actuellement en vigueur aux Etats-Unis¹⁰⁵. A cette époque, le médecin devait être tenu dans tous les cas responsable des erreurs qu'il avait commises. Cependant, le système judiciaire en tant que tel n'existait pas et l'administration de la justice était confiée à des non professionnels.

¹⁰³G. VINEY et B. MARKESINIS, *La réparation du dommage coporel : essai de comparaison des droits anglais et français*, Préface A. TUNC, Economica, 1985, p. 11 : « (...) c'est dans le domaine du tort of negligence que le juriste français peut trouver l'analogie de la disposition de l'article 1382 du Code civil »

¹⁰⁴Avant la célèbre jurisprudence Mercier du 20 mai 1936, Cass civ., 20 mai 1936, DP. 1936, 1, 88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P , La Cour de cassation reconnaissait que la responsabilité du médecin qui avait commis une négligence, était de nature délictuelle , Cass, requ. 18 juin 1835, Arrêt Thourey c/ Guigne, D.P 1835, I, concl. DUPIN, 300 ; JCP G 1835, 2, 410

¹⁰⁵Etats-Unis, J. MAXCY ZANE, *The story of law*, 2nd edition, Indianapolis liberty fund, 1998.76

117. C'est véritablement sous le droit romain que l'administration judiciaire fut reconnue¹⁰⁶. Si ce droit ne dresse pas un tableau général de la théorie de la négligence, mais il permet à la victime d'un dommage, d'engager une action en responsabilité envers son auteur¹⁰⁷. Il n'existait à Rome que des délits dits « spéciaux », ce qui favorisait la multiplication des hypothèses donnant lieu à la délivrance d'une ou plusieurs actions. En ce qui concerne les atteintes à la personne (*injuriae*) plus particulièrement, la loi des XII tables¹⁰⁸ ne prévoyait que l'ablation d'un membre, la fracture d'un os ou les violences légères, il fut toutefois assez rapidement créé de nouvelles actions brassant plus largement les dommages corporels. Dès lors, bon nombre de victimes pouvaient se faire indemniser de leurs préjudices. Pour autant, le droit romain n'a jamais dégagé de principe général de responsabilité civile, cette absence de règle unique est la cause directe du régime de responsabilité en droit américain¹⁰⁹.

118. La règle selon laquelle le médecin doit être responsable des faits dommageables qu'il cause à autrui, fut introduite dans le droit anglo-saxon à la fin du Moyen-Age. En 1066, quand Guillaume le Conquérant finit envahi l'Angleterre, son premier objectif fut d'uniformiser le droit pour asseoir son pouvoir et mettre fin aux féodalités locales. Il voulut créer un droit commun à tous ses sujets : la *Common law*. Pour cela, il créa un système de *Writs* (formulaire) qui contenait des applications précises des règles qu'il entendit faire respecter dans le royaume. Ces *Writs* furent par la suite distribués à des juges itinérants qui avaient pour charge de remplir le formulaire pour rendre justice. Un *Writ* permettait au demandeur d'établir la nature de sa requête et de demander que le défendeur soit contraint, par un ordre du roi, devant les tribunaux de la *Common law*¹¹⁰.

Exemple d'un *Writ* :

Si le défendeur A a cassé la charrue de B

Il devra payer à B tant de shillings en réparation

119. Si cette nouvelle forme de réglementation a pour avantage de rendre le droit uniforme dans l'ensemble du royaume, elle a l'inconvénient d'être très rigide. En effet, si le litige ne correspondait pas exactement au *Writ* dont dispose le juge, la victime pouvait se trouver sans possibilité de règlement judiciaire. Le *Writ* imposait que la victime prouve que le défendeur avait eu recours à la force physique et lui avait causé un préjudice direct.

¹⁰⁶ Le droit de la responsabilité médicale aux Etats-Unis trouve sa source dans le droit Romain tout comme le droit français. Au Moyen âge en effet, le système anglo-saxon se rapprochait beaucoup du système classique à Rome qui privilégiait la procédure aux règles de fonds telles que nous les connaissons aujourd'hui. C'est la raison pour laquelle le droit anglo-saxon n'est pas un droit unifié mais fragmenté. La multiplication des règles de procédures a ainsi pris place à la proclamation de règles uniques. Voir en ce sens, G. VINEY et B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel : essai de comparaison des droits anglais et français*, Préface A. TUNC, Economica, 1985, p. 11

¹⁰⁷ Etats-Unis, W.W. Buckland and A. D. Mc NAIR, *Roman law and Common law*, 2nd edition, Revised by F.H.LAWSON, Cambridge Univ. Press, 1965, art 259 ; *The institutes of Justinian*, 3rd edition. Translate by J.B.MOYLE, Oxford, The Clarendon Press, 1886, art 168.

¹⁰⁸ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, A. Rousseau, 1906, pp. 27-28. Table V2I sur la répression des délits : « Si quelqu'un a brisé un membre d'autrui et s'il n'y a pas de transaction, que s'applique la loi du talion. Si quelqu'un commet un acte de violence contre autrui, que la réparation soit de vingt-cinq as de bronze ».

¹⁰⁹ G. VINEY et B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel : essai de comparaison des droits anglais et français*, Préface A. TUNC, Economica, 1985

¹¹⁰ J.F. GERKENS, *Droit privé comparé*, 1^{ère} éd., Larcier, 2007, p. 129

120. Ainsi, pour répondre aux dommages causés indirectement, fut créé au XVII^{ème} siècle, le *Writ Trespass on the Case* (action pour atteinte directe), rédigé très simplement et en termes plus généraux, permettant de juger les litiges qui ne pouvaient, auparavant, être judiciairement résolus. Grâce à ce nouveau *Writ*, il n'était plus nécessaire que l'auteur du préjudice ait causé un préjudice physique ou matériel intentionnellement, car la simple existence du préjudice suffisait à ouvrir le droit à l'action. Tel est né le système de responsabilité civile individuelle anglo-saxon, fondement du régime actuel de responsabilité aux Etats-Unis.

121. Aujourd'hui, la victime d'une inexécution contractuelle ou d'un comportement délictuel, peut engager la responsabilité de l'auteur responsable sur la base de deux fondements juridiques issus des anciens *Writs* : il s'agit de la *breach of contract* et de la *torts law*. Ainsi pour engager la responsabilité de l'auteur d'une inexécution ou mauvaise exécution, la victime doit apporter la preuve d'une relation contractuelle et l'inexécution de l'engagement promis. G. Treitel définit la « *breach* » selon les termes suivants : « (...) *a breach of contract is committed when a party, without lawful excuse fails or refuses to perform what is due from him under the contract, performs defectively or incapacitates himself from performing* »¹¹¹. La victime d'une faute devra quant à elle, apporter la simple preuve de cette dernière et devra engager la responsabilité de l'auteur sur le fondement de la loi des *torts*.

122. En matière de responsabilité médicale, la loi des « *torts* » est le plus souvent mise en avant dans un procès. C'est en effet fréquemment la faute du médecin qui est à l'origine d'un dommage.

2. Le fondement actuel de la responsabilité médicale Outre Atlantique

123. En droit américain, la nature de la responsabilité née d'un litige entre un médecin et son patient n'est pas une notion facile à cerner pour un juriste français, notamment en raison de la nature du lien juridique unissant ces deux personnes.

124. En droit français, en effet, il a longtemps résulté de l'arrêt *Mercier* de 1936¹¹² que les rapports unissant un médecin et son client étaient de nature contractuelle et qu'il en résultait une responsabilité de même nature. Lorsque les rapports entre ces deux personnes n'étaient pas gouvernés par un contrat, la responsabilité est soit délictuelle, soit de nature légale et réglementaire. Les règles de responsabilité sont certes nombreuses et parfois difficiles à identifier, mais elles ont le mérite d'attribuer à chaque cas de figure un régime de responsabilité particulier. Aujourd'hui, la jurisprudence s'oriente de plus en plus vers une responsabilité de nature légale et réglementaire, les autres régimes de responsabilité n'ayant toutefois pas définitivement été écartés.

¹¹¹ Etats-Unis, G. TREITEL, *Introduction to Contract law*, Clarendon Press, 1995, p.5: il y a absence d'exécution contractuelle lorsqu'une partie, en l'absence d'excuse légalement fondée, a mal exécuté, pas exécuté ou a refusé d'exécuter les obligations qu'elle avait à sa charge

¹¹² Dr Nicolas c/ époux Mercier, Cass civ, 20 mai 1936, DP. 1936.1.88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P, S. 1937.1.321, note A. BRETON RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, n° 162, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE.

125. En droit américain, les règles de responsabilité ne correspondent pas forcément à la nature du lien juridique unissant un médecin à son patient. En effet, si l'on a pu constater que la relation de ces deux personnes était de nature consensuelle, les fautes commises peuvent tout à fait être sanctionnées par les règles de la responsabilité délictuelle. Comment expliquer l'application de ce régime juridique dépassant la logique d'un juriste français?

126. Cette dualité de régime et de responsabilité trouve son origine dans l'ancien droit anglais. En matière consensuelle en effet, seul un préjudice matériel évaluable en argent était susceptible de donner droit à réparation, il n'y avait aucune place pour la réparation du préjudice physique et du préjudice purement moral. Afin de remédier à cette carence, la *Common law* s'est tournée vers le droit de la responsabilité civile, *tort law*, afin de trouver un fondement juridique à ce type d'actions. C'est dans ces conditions que l'action fondée sur le *Writ of trespass on the case* vit le jour. Dès lors, il n'était plus nécessaire que l'auteur du dommage ait causé un préjudice matériel, la seule existence d'un préjudice quel qu'il soit, suffisait à ouvrir droit à la mise en œuvre de la responsabilité. Le droit américain d'aujourd'hui suit le même raisonnement.

127. Le *restatement second of torts*¹¹³ définit le contrat comme étant une promesse ou un ensemble de promesses dont la violation est sanctionnée par une action qui donne droit à son exécution¹¹⁴. Or, en matière de responsabilité médicale, il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le patient ne peut pas réclamer l'exécution de ce qu'il est en droit d'attendre d'un médecin¹¹⁵. Dans ce cas, il pourra toutefois demander à être indemnisé pour les préjudices qu'il a subis du fait de la faute du praticien. Cette réparation, fondée sur l'action du *breach of contract*, a pour but de venir compenser la « rupture de la confiance » qu'il avait placé dans le débiteur de l'obligation. Pour autant, cette indemnisation ne pourra en aucun cas couvrir les dommages psychique et moral et ne pourra pas donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts punitifs car ces différents préjudices ne sont pas pris en compte dans le contrat.

¹¹³ A. TUNC, « Le Restatement du droit des Etats-Unis et l'œuvre de l'American Law Institute », *Journal des Tribunaux* (belge), 1951, p. 578 ; Il s'agit d'un code officieux édité par l'American Law Institute, devenu par la suite un instrument de travail indispensable pour tout juriste souhaitant avoir accès à l'ensemble du droit américain non codifié.

¹¹⁴ Etats-Unis, J. C.P. GOLDBERG, R. H. SITKOFF, *Torts and Estates: Remediating Wrongful Interference with Inheritance*, Harvard Law School Cambridge, MA 02138, JOHN M. OLIN CENTER FOR LAW, ECONOMICS, AND BUSINESS, Draft of July 25, 2012, 65. *Stan. L. REV.*

¹¹⁵ Les victimes d'un préjudice physique par exemple, auront bien du mal à demander l'exécution correcte de ce qui leur avait été promis.

128. Il n'existe pas en droit de la *common law* de principe général de responsabilité, comme c'est le cas en droit français, susceptible de répondre à cette insuffisance dans le domaine de la réparation des préjudices issus d'une mauvaise exécution contractuelle. Afin de compenser l'inefficacité de l'action fondée sur le *breach of contract*, le droit américain a donc élargi le champ de la responsabilité en y faisant entrer le régime délictuel des *torts*. Il a en effet été considéré que si un contrat créait des obligations entre les parties, il devait également créer des devoirs parallèles, dérivés du droit de la responsabilité, qui existent même en l'absence de contrat. Ainsi, les cocontractants ne doivent pas se porter préjudice, doivent respecter l'intégrité physique d'autrui, ne doivent pas faire preuve de négligence etc...

129. Dès lors aux Etats-Unis, en acceptant de soigner un patient, le médecin s'oblige à agir pour le bénéfice du malade et son comportement est apprécié selon les règles de la loi des *torts*», élaborée de manière indépendante par chacun des 50 Etats. Les actions en la matière peuvent être intentées devant les tribunaux étatiques ou fédéraux, ces derniers faisant alors application au fond du droit étatique local. Néanmoins, les principes de mise en œuvre de la responsabilité sont les mêmes dans l'ensemble des Etats. La mise en œuvre de la responsabilité médicale doit répondre aux règles de la loi des *torts*.

130. La *tort of law* est la règle de responsabilité imposée par la *Common law*, dans les cas de négligence et de manquement à une obligation préexistante, qui n'est pas forcément fondée sur un accord contractuel. Cette responsabilité suppose toujours la réalisation d'une faute, qui est entendue tant comme un acte positif que comme un acte d'omission, de nature intentionnelle ou involontaire.

131. La seule réalisation de la faute ne suffit cependant pas à engager la responsabilité du praticien. La victime doit au surplus rapporter la preuve de l'existence d'une obligation à la charge du professionnel (*duty*) d'un dommage (*injury*) et d'un lien de causalité (*causation*) entre la faute et le dommage.

II. Le rejet des clauses exclusives de responsabilité par la jurisprudence américaine

132. La nature délictuelle de la responsabilité du médecin fait obstacle par principe, aux clauses élusives de responsabilité. En effet, les clauses contractuelles qui viseraient à faire obstacle aux règles générales de la responsabilité médicale, sont considérées comme nulles et non avenues pour la jurisprudence américaine. Cette règle fut posée par l'arrêt de principe *Tunkl v/ Regent of the University of California* de 1963. En l'espèce, la Cour avait annulé la clause d'un contrat de services qui déchargeait l'établissement de santé de toutes responsabilités pour ce qui concerne, les « *actes de négligence, des fautes ou des omissions* » de ses salariés, en raison du caractère charitable de l'institution¹¹⁶.

133. Depuis, la jurisprudence est constante concernant les clauses limitatives de responsabilité. Ainsi, les juges ont pu annuler une clause d'un contrat médical dans laquelle le patient consentait à l'utilisation d'une thérapie expérimentale et exonérait le médecin de toute responsabilité dans l'exercice de son art. Il fut admis en l'espèce que le patient n'était pas suffisamment informé des conséquences de cette thérapie et qu'il ne pouvait donc pas consentir à cette exonération de responsabilité¹¹⁷.

134. Cependant, il existe des hypothèses où la jurisprudence a fait le choix de valider ces clauses limitatives de responsabilité. C'est notamment le cas, lorsque les patients expriment le refus de poursuivre un traitement ou qu'ils refusent que des soins leur soient administrés pour des raisons religieuses¹¹⁸. En droit américain, contrairement au droit français, il est permis au médecin de respecter le choix du patient et de cesser de lui prodiguer des soins même en cas d'urgence. Cette possibilité ouverte au médecin de faire signer une décharge de responsabilité à un patient témoin de Jehovah, par exemple, dans le cas où celui-ci exprime la volonté de ne pas être transfusé même en cas d'extrême urgence, représente une véritable cause d'exonération si sa responsabilité venait à être recherchée.

135. Ces limitations de responsabilité restent rares et on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles, la jurisprudence n'est pas favorable à de telles clauses. En raison de la nature particulière des soins médicaux, la jurisprudence américaine estime que ces derniers ne peuvent faire l'objet de convention. Il est donc admis en droit américain comme en droit français que ces clauses ne peuvent être validées en raison d'un même motif : elles sont dans les deux cas contraires à l'ordre public. L'article 16-3 du Code civil précise en effet qu'il « *ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». L'article 16-9 du même Code précise que ces dispositions sont d'ordre public.

136. La jurisprudence américaine fournit une explication plus factuelle à l'interdiction des clauses élusives de responsabilité : il s'agit de la particulière vulnérabilité des patients qui, au moment de signer la clause peuvent être sujets à une certaine influence de la part du médecin.

¹¹⁶ Etats-Unis, *Tunkl v/ Regent of the University of California*, 1963, Supr. Court. Cal. 383 P. 2d 441

¹¹⁷ Etats-Unis, *Shneider v/ Revici*, 1987, United court of appeal of the second circuit, 817 F 2d 987 (2d Cir. 1987)

¹¹⁸ In Re HUGHES, 611 A.2d 1148, 1153 (1992)

SECTION III. **UNE SIMPLIFICATION SOUHAITABLE DU STATUT JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE MEDICALE EN DROIT FRANÇAIS INSPIREE DU DROIT AMERICAIN**

137. La loi du 4 mars 2002 opère une réforme profonde du droit de la responsabilité médicale, sa portée exacte reste cependant à définir. La principale innovation de ce texte est d'admettre une indemnisation conditionnée des dommages causés par un accident médical relatif à la responsabilité médicale sans faute. Dans les autres cas, les règles de fond de la responsabilité n'apparaissent pas profondément bouleversées. La loi apporte en effet des modifications substantielles quant à la procédure d'indemnisation, mais ne se prononce pas, au-delà du rappel d'un principe de responsabilité fondée sur la faute sur les règles de fond de cette responsabilité. Les principes généraux définis par la jurisprudence antérieure semblent dès lors pour la plupart devoir être maintenus sous l'empire de la nouvelle loi, notamment en ce qui concerne la nature de la responsabilité médicale et les règles communes à toute responsabilité.

138. Il résulte de ces constatations, qu'en droit français, le régime de la responsabilité médicale reste un régime dual de droit privé et de droit public. Une partie du contentieux est ainsi traitée par les juridictions judiciaires alors qu'une autre partie est traitée par les juridictions de l'ordre administratif. Par ailleurs, au sein même du contentieux de droit privé, existe une seconde division du régime de la responsabilité. Un litige né d'un accident médical peut, en effet, être résolu par les règles de droit relatives à la responsabilité contractuelle¹¹⁹ dans la mesure où un contrat a été formé entre un médecin et son patient, mais il peut également être traité par les règles de la responsabilité civile délictuelle¹²⁰ dans la mesure où il n'existe aucun contrat entre les deux parties mais que l'une d'elle a subi un préjudice par la faute de l'autre.

139. Le régime français de la responsabilité médicale fondée sur la faute est donc un régime très complexe, tant pour les victimes que pour les juristes. Cette complexité favorise, les erreurs dans la saisine des juridictions, ce qui a pour effet de prolonger la durée du recours et du procès et donc l'indemnisation de la victime. D'autre part, la dualité des juridictions compétentes en matière de responsabilité médicale va à l'encontre du principe de sécurité juridique selon lequel la règle de droit doit être appliquée de manière uniforme à tout à chacun. En effet, la répartition du contentieux entre les juridictions administratives et les juridictions privées, est à l'origine de profondes disparités quant à l'issue des conditions de mise en œuvre de la responsabilité, disparités qui se retrouvent dans les solutions des litiges.

140. Afin de contourner ces difficultés, il serait souhaitable de modifier cette dualité de règles applicables au contentieux de la responsabilité médicale en clarifiant la nature juridique de la responsabilité médicale (I), pour ensuite en unifier le contentieux (II).

¹¹⁹Dr Nicolas c/ époux Mercier, Cass civ, 20 mai 1936, DP. 1936.1.88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P, S. 1937.1.321, note A. BRETON RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, n° 162, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE.

¹²⁰C.civ., art 1382 et s.

§1. Vers une unification des règles relatives à la responsabilité médicale de nature extra contractuelle

141. Aux Etats-Unis, la loi des torts est un sous-ensemble des règles de la responsabilité civile en *Common law*, auxquelles doivent être associées les relations d'ordre délictuelle, nées de la commission d'un *tort*. La *tort liability* ou responsabilité délictuelle, est la règle de responsabilité imposée par la *Common law* dans les cas de négligence et de manquement à une obligation préexistante qui n'est pas fondée sur un accord contractuel. En droit américain, la relation entre un médecin et son patient étant fondée sur le principe du consensualisme et non sur un contrat, le régime des torts doit donc s'appliquer. La responsabilité civile délictuelle suppose toujours la réalisation d'une faute qui est entendue tant comme un acte positif que comme un acte d'omission, de nature intentionnelle ou involontaire.

142. Comme en droit français, le droit américain de la responsabilité médicale est en principe fondé sur la démonstration d'une faute, celle-ci devant être ajoutée à la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité afin que la victime soit indemnisée. Il n'y a donc pas de différence fondamentale dans la mise en œuvre de la responsabilité entre la France et les États-Unis puisque les deux législations requièrent la réunion des trois éléments cités précédemment afin de pouvoir actionner la responsabilité du médecin. Or aux États-Unis, la responsabilité du médecin ayant pour fondement un régime délictuel est un système qui est viable. Dès lors, pourquoi ne pas le transposer en droit français?

143. Comme le précisait Monsieur le Professeur Christophe Radé, il serait possible, à propos de la réparation du dommage corporel, « de renvoyer sa réparation (...), aux règles de la responsabilité extracontractuelles, rompant ainsi avec la jurisprudence généreuse mais artificielle développée par la Cour de cassation depuis 1911. Les principales innovations pourraient alors se concentrer sur le droit de la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle »¹²¹. On sait en effet, qu'en matière de dommage corporel, le juge n'hésite pas à indemniser généreusement la victime, s'écartant ainsi totalement du principe de la réparation intégrale du préjudice.

144. Pour autant, l'hypothèse d'une unification du contentieux de la responsabilité médicale au profit d'un régime délictuel suppose que certains obstacles propres à la responsabilité contractuelle soient contournés. Il en est ainsi de la nature du lien contractuel existant entre un médecin et son patient tantôt défini comme une obligation de moyens tantôt comme une obligation de résultat. Cette différenciation imaginée par Démogue¹²², en vigueur depuis l'arrêt Mercier de 1936, n'existe pas, en effet, en droit de la responsabilité extra contractuelle.

145. Cet obstacle est facilement contournable. La solution retenue par l'arrêt Mercier de 1936 n'était en effet qu'une décision de pure opportunité mettant fin à la nature délictuelle de la relation entre un médecin et son patient. La célèbre jurisprudence de 1936 doit sa notoriété à la résolution d'un litige dont le but était de rééquilibrer les rapports entre médecins et patients dans la relation de soins.

¹²¹Ch. RADE, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », D. 2003. 2247

¹²²Dr Nicolas c/ époux Mercier, Cass civ, 20 mai 1936, DP. 1936.1.88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P, S. 1937.1.321, note A. BRETON ; RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, n° 162, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE.

146. Cette décision de principe fut prise à une époque où demeurait un trop grand écart dans la durée des délais de prescription applicables en matière civile. Aujourd'hui, ces règles ont totalement changé. La loi du 4 mars 2002, est venue unifier les délais de prescription en matière de responsabilité médicale fixant celui-ci 10 ans à compter de la réalisation du préjudice. Ainsi, au terme de l'article 1142-28 du code de la santé publique « les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé et des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage ». Toutes les actions mettant à œuvre la responsabilité d'un professionnel de santé sont donc désormais soumises à une prescription décennale. Cette innovation allonge le délai de prescription en droit public par rapport au droit antérieur, mais le raccourcit notablement en droit privé, où la prescription trentenaire était la règle. Par ailleurs, en instaurant un délai de prescription décennale en matière de responsabilité médicale, la loi du 4 mars 2002 aligne le régime de la responsabilité contractuelle sur celui de la responsabilité délictuelle. La protection de l'intérêt du patient qu'avait pu rechercher la Cour de cassation à l'époque de l'arrêt *Mercier* n'existe donc plus.

147. Demeure cependant la difficulté liée à la nature du lien contractuel existant entre un médecin et son patient. La différenciation entre obligation de moyens et obligations de résultat doit-elle disparaître en cas d'unification du contentieux de la responsabilité médicale au profit d'une responsabilité extracontractuelle?

148. Sur ce point, il est possible de s'inspirer du droit américain qui ne fait pas de distinction en principe entre obligations de moyens et obligation de résultats à la charge du médecin. Certains auteurs américains ont en effet pu écrire à ce sujet que si les tribunaux avaient traité les cas de responsabilité médicale sous un régime contractuel, le médecin n'aurait été tenu qu'à l'exercice des soins raisonnables, découlant implicitement de ce contrat¹²³.

149. Pourtant, le droit américain précise qu'en aucun cas, le médecin ne doit être le garant de son travail¹²⁴. En conséquence, si la différenciation entre obligations de moyens et de résultat n'existe pas en principe, la jurisprudence reconnaît que le médecin ne peut pas être tenu par un résultat, ce qui revient implicitement à apprécier ses obligations comme des obligations de moyens et à faire supporter à la victime la charge de la preuve du manquement. En conséquence, alors qu'en droit américain, le principe est celui d'une responsabilité de nature délictuelle, le médecin n'est tenu qu'à une obligation de soins. Il ne peut pas répondre de ses actes alors qu'il n'a commis aucune faute mais que le résultat escompté ne s'est pas réalisé.

¹²³ Etats-Unis, C. T. Jr GALLIGAN, « Contortions along the boundary between contracts and torts », *Tulane Law Review*. Vol. 69. n°2, 1994, p 476 et s.

¹²⁴ Etats-Unis, *Pike v/ Honsinger* (1898) 155 N.Y 201, 209-2010, 49 N.E. 760, 762

150. Une transposition de ce principe, en droit français de la responsabilité contractuelle paraît tout à fait envisageable. Elle répondrait par ailleurs à la logique énoncée par le Code civil dans sa distinction entre « contrats et obligations »¹²⁵ et « les engagements qui se forment sans convention »¹²⁶. En effet, l'article 1101 du Code civil énonce à propos du contrat qu'il « est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Or, le médecin, dans sa relation de soins, ne s'oblige jamais. Il promet simplement de tout mettre en œuvre pour parvenir au meilleur résultat possible, c'est à dire de prodiguer des soins « (...) consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformément aux données acquises de la science (...) ». Le fondement de la responsabilité du médecin ne peut donc pas être d'ordre contractuel et être régie par l'article 1147 du Code civil.

151. La faute du médecin ne peut résulter que d'une imprudence ou d'une négligence ayant entraîné un préjudice à l'égard de son patient. Or la responsabilité sanctionnant ce type de comportement est la responsabilité extra contractuelle. Ainsi l'article 1383 du Code civil énonce que « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence ». De plus, l'atteinte à la personne doit être considérée comme un dommage spécifiquement délictuel. L'atteinte à l'intégrité de la personne humaine énoncée à l'article 16-3 du Code civil ne peut relever du contrat comme l'affirmait Monsieur le Professeur Jean Carbonnier lorsqu'il écrivait « Les bras cassés et les morts d'hommes (...) sont la compétence des articles 1382 et suivants du Code civil »¹²⁷.

152. L'unification du contentieux de la responsabilité médicale sous le principe d'une responsabilité délictuelle serait donc tout à fait plausible, au regard des règles du droit français. Il serait cependant inexact d'affirmer que le médecin n'est tenu à aucune obligation. Au contraire, celui-ci est tenu à de multiples obligations telles que l'obligation d'information ou de recueil du consentement du patient.

153. Cependant, toutes ces obligations ne résultent pas du contrat de soins, elles sont aujourd'hui de nature légale et réglementaire. Ainsi, l'obligation d'information a été érigée par le législateur au rang de fonctionnement des institutions de soins¹²⁸. Par ailleurs, la loi du 4 mars 2002 consacre le principe de l'information du patient sur son état de santé, plaçant ce dernier au cœur du dispositif de santé¹²⁹. De même l'obligation de recueil du consentement du patient a été consacré par l'article 16-3 du Code civil qui énonce que « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». La loi du 4 mars 2002 consacre également l'obligation de recueillir le consentement du patient en son article 1111-4 du code de la santé publique.

¹²⁵C. civ. Art. 1101 et s.

¹²⁶C.civ., art 1382 et s.

¹²⁷ J. CARBONNIER, *Droit Civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, p. 1121

¹²⁸Loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière

¹²⁹C. santé publ., art. L. 1111-2

154. La démonstration d'une obligation de moyens et ou d'une obligation de résultat n'est donc plus nécessaire. Tout comme en droit américain, l'obligation du médecin est par essence une obligation de moyens. Il est cependant tenu d'aboutir à un résultat dans certains cas, ces derniers étant définis par la loi ou par le règlement. La différence entre obligations de moyens et obligations de résultat n'a donc pas vocation à disparaître en cas d'unification du contentieux de la responsabilité médicale au profit d'une responsabilité de nature extra contractuelle.

§2.La compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité médicale

155. L'unification du contentieux ne doit pas s'attacher au seul statut juridique. Le juge judiciaire devrait être le seul compétent pour trancher les litiges relatifs à la responsabilité médicale. L'intérêt d'une telle compétence réside dans le fait qu'en matière d'accidents médicaux, les intérêts privés des victimes sont principalement lésés. Or on sait que le juge judiciaire est le garant de la liberté individuelle. L'attribution du contentieux de la responsabilité médicale au juge judiciaire serait donc opportune, à l'image de ce qui a déjà été fait en matière de protection des majeurs incapables par la loi du 5 juillet 2011. Cette loi permet en effet, l'unification des contentieux des mesures d'administration en soins psychiatriques au profit du juge judiciaire alors qu'auparavant l'examen de la régularité des décisions d'administration relevait du juge administratif, tandis que l'appréciation du bien-fondé de la mesure et de l'éventuelle indemnisation du patient relevait du juge judiciaire. Auparavant, l'examen de la régularité de la décision d'administration relevait du juge administratif tandis que l'appréciation du bien-fondé de la mesure relevait du juge judiciaire. On peut certes objecter que cette unification des règles porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, principe qui interdit au juge judiciaire d'apprécier l'action de l'administration. Pourtant, l'unification du contentieux au profit du juge judiciaire a déjà été appliquée dans le passé. C'est ainsi que la loi du 31 décembre 1957 a donné compétence au juge judiciaire pour connaître des actions en réparation des dommages de toutes natures causés par un véhicule, y compris ceux appartenant à l'administration. Il est expressément mentionné que la loi des 16-24 Août 1790 est écartée au profit de la règle de compétence ainsi formulée par le législateur.

CHAPITRE II

Le consentement à l'acte médical comme principe essentiel de la relation médecin-patient en France et aux Etats-Unis

156. En droit français comme en droit américain, la relation médicale est de nature consensuelle. Le médecin doit recueillir le consentement de son patient avant qu'intervienne tout acte de soins (Sous-section I). Ce consentement traduit l'expression de la volonté nécessaire à la conclusion d'un accord entre les deux parties (Sous-section II).

SECTION I.L'EXIGENCE D'UN CONSENTEMENT A TOUT ACTE DE SOINS

157. Le droit français et le droit américain sont tous deux gouvernés par le principe du consensualisme. Aucun des deux, en effet, n'impose de règles particulières pour admettre l'existence du consentement. Le seul échange des consentements, reflet du principe de l'autonomie de la volonté, suffit à créer des obligations à la charge de chacune des parties¹³⁰. A cet égard, l'échange des consentements, et plus spécifiquement celui du patient, revêt une forme particulière : ce dernier doit être informé. L'obligation d'information à la charge du médecin ne peut donc en principe être dissociée de son obligation de recueillir le consentement. La conception du droit à l'information du patient et au recueil de son consentement a évolué au fil des siècles. Au Moyen-Age, le médecin avait une aura quasi divine ce qui impliquait une obéissance naturelle à celui-ci¹³¹. Exiger que le patient donne son consentement était donc, à cette époque, littéralement déplacé. Le malade a longtemps été soumis aux décisions du médecin. Il était en effet considéré jusqu'à une époque récente comme ne disposant pas suffisamment de clairvoyance pour pouvoir donner son avis.

¹³⁰ D. BERTHIAU, « Comprendre le principe d'autonomie en droit de la santé », *Médecine et droit* n° 77, 2006, pp. 53-60

¹³¹ H. BERNARD et R. SAURY, *Le consentement, information, autonomie et décision en médecine*, Masson, 1998, p. 10

158. Le discours du Professeur Louis Porte, premier président historique du Conseil national de l'Ordre des médecins, lors de sa communication du 30 janvier 1950¹³² à l'Académie des sciences morales et politiques, reflète bien la nature de cette relation :«(...) pour condenser en une simple formule nos observations psychologiques sur le patient dans la période qui précède son premier contact avec le médecin, je dirai qu'il n'est qu'un jouet, à peu près complètement aveugle, très douloureux et essentiellement passif; qu'il n'a qu'une connaissance très imparfaite de lui-même; que son affectivité est dominée par l'émotivité ou par la douleur et que sa volonté ne repose sur rien de solide si ce n'est parfois quand elle aboutit au choix de tel médecin plutôt que de tel autre ».

159. A partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, l'obligation de recueillir le consentement devient de plus en plus stricte. La jurisprudence déclara d'ailleurs que le médecin était soumis à une obligation de recueillir le consentement libre et éclairé du malade, imposée par le respect de la personne humaine. Cette obligation devint ensuite légale.

160. La notion de « consentement éclairé » fut d'abord dégagée par la jurisprudence judiciaire à partir du principe du respect de la personne humaine. C'est l'arrêt Teyssier du 28 janvier 1942 qui a, en effet, émis pour la première fois, l'obligation pour un chirurgien, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération¹³³. Plus tard, le Conseil d'État, sans préciser formellement les caractères de l'information, indique que *“le patient doit être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé”*¹³⁴.

161. L'obligation de recueillir le consentement fut par la suite inscrite dans le code de déontologie médicale, applicable tout aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé. Le décret n°55-1591 du 28 novembre 1955 qui consacre ledit code, au moment où le paternalisme médical était encore de rigueur, imposait au médecin de *« s'efforcer d'obtenir l'exécution du traitement »*. Il était ainsi considéré implicitement que le patient accepte son traitement et donc y consent après que le médecin l'en ait informé.

¹³²L. PORTES, « Du consentement du malade à l'acte médical », *La Recherche d'une Éthique Médicale*, Masson, 1964, p.159 « le consentement éclairé du malade, à chaque étape de ce petit drame humain, n'est en fait qu'une notion mythique que nous avons vainement cherché à dégager des faits. Le patient, à aucun moment ne connaissant au sens exact du terme, vraiment sa misère, ne peut vraiment consentir ni à ce qui lui est affirmé, ni à ce qui lui est proposé ».

¹³³Cass. requ., 28 janv. 1942, Teyssier, DC, 1942, 63 ; Gaz. Pal, 1942, 1, p. 177. Un chirurgien « est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques; en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade » ; A FAGOT-LARGEAULT, « Le consentement éclairé: historique du concept de consentement », *Médecine et Droit*, 1995; n°6, pp.55-56.

JP DUPRAT, « La définition du statut juridique du corps humain, entre l'énoncé de principes fondamentaux et l'affirmation de libertés publiques », S DUBOURG-LAVROFF et JP DUPRAT, *Droits et Libertés en Grande-Bretagne et en France*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 1999, p. 243.

¹³⁴CE, ass, 5 janv. 2000, Assistance publique hôpitaux de Paris et Consorts Tell, RFDA, 2000, p. 641 ; JCP.G, 2000, 2, 10271

162. Il fallut attendre le code de déontologie de 1979 pour que soit consacrée, pour la première fois, une véritable obligation de respect du consentement du patient : « *La volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la mesure du possible* ». L'actuel code de déontologie issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, fera dans son article 36, de cette obligation, une obligation générale d'obtenir le consentement et d'informer. Il énonce en effet que : « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposé, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences* ».

163. L'obligation d'obtenir le consentement obtint par la suite une véritable consécration législative avec l'article 16-3 du Code civil issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 qui énonce qu'il « *ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Cet article interdit donc formellement au médecin d'intervenir sans avoir obtenu le consentement de son patient.

164. Plus encore, la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 instituant l'article L. 1114-4, alinéa 3 du code de la santé publique place le consentement du patient au cœur du dispositif de santé. Il dispose en effet que « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ». En droit français, la règle est donc celle d'un consentement éclairé (§1).

165. En droit américain, la nécessité de recueillir le consentement est toute aussi forte et repose sur le même fondement de l'atteinte à l'intégrité du corps humain. Il a été en effet intégré beaucoup plus tôt en droit positif américain qu'en droit français, le principe selon lequel « *chaque personne ayant atteint l'âge adulte et disposant de l'ensemble de ses capacités mentales, a le droit de disposer de son corps et de prendre toutes les décisions s'y rapportant*»¹³⁵ (§2).

¹³⁵ Etats-Unis, *Schloendorff v. Society of N.Y. Hospital*, 1914, Court of appeal, 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92

§1. La nécessité d'un consentement libre et éclairé en droit français.

Un patient ne peut donner son consentement que, s'il a suffisamment été informé par le professionnel de santé (I). Par ailleurs, le consentement, fondement de la relation médicale, doit être libre (II).

I. L'information, condition nécessaire au consentement libre du patient.

166. Le contenu de l'obligation d'information s'est élargi au fil des ans, d'abord sous l'influence de la jurisprudence, pour ensuite être défini par la loi. La preuve du respect de cette obligation incombe au médecin¹³⁶. Auparavant, la jurisprudence limitait l'information aux seuls risques courants de l'acte médical, une distinction étant opérée en fonction de la fréquence de réalisation du risque. Le médecin se contentait ainsi d'informer le patient sur les risques fréquents inhérents à l'acte médical entrepris, les risques exceptionnels n'étant même pas envisagés¹³⁷. Cette jurisprudence faisait toutefois, depuis quelques années, l'objet de deux critiques¹³⁸.

167. La Cour de cassation puis le Conseil d'État ont successivement opéré un revirement sur le critère du risque médical objet de l'information. Ainsi, dans un arrêt de principe du 7 octobre 1998, la Cour de cassation a affirmé que : « (...) *hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés (...) il (le médecin) n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* »¹³⁹. Un arrêt du 17 février 1998¹⁴⁰ a également insisté sur la nécessité d'informer le malade non seulement sur les risques graves afférents aux investigations et aux soins proposés, mais sur tous les inconvénients de l'opération. Ainsi, en matière de chirurgie esthétique, lorsque la finalité de l'intervention n'est pas thérapeutique, une obligation d'information renforcée est exigée.

¹³⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 fév., 1997, Bull 1997, I, n°75, n° 94-19.685

¹³⁷ Cass. 1^{ère} civ. 14 avr. 1941, Gaz. Pal. 1961, 2, jurispr. p. 563. ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1984, D. 1985. jurispr. P. 281. , note F. BOUVIER ; CE 13 juil. 1961. Rec. CE. p.85.

¹³⁸ S.HOCQUET-BERG, Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal, 10 sept. 1998, p. 2 ; P. SARGOS, rapp. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, Gaz. Pal. 1997, 1, jurispr. p. 274.

¹³⁹ Cass.civ.1^{ère}, 7 oct. 1998 ; JCP.G. 1998, 2, 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS ; D. 1999, jurispr. p. 1455, note S. PORCHY-SIMON ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, D. 2001, jurispr. p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN : La responsabilité du médecin pour un défaut d'information sur un risque grave fu engagée, même si, à l'époque des faits, « la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ». Les juges reconnaissent ainsi le caractère rétroactif d'un revirement de jurisprudence. La même solution fut adoptée par le Conseil d'Etat, CE, ass, 5 janv. 2000, Assistance publique hôpitaux de Paris et Consorts Tell, RFDA, 2000, p. 641 ; JCP.G, 2000. 2. 10271

¹⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 17 Fév. 1998 ; Bull. 1998, I, n°67, p. 45, pourvoi n° 95-21 715

Le Conseil d'Etat, admis par ailleurs une exigence d'information poussée en énonçant que « (...) lorsque l'acte médical ... comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé et si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispensent pas les praticiens de leur obligation »¹⁴¹.

168. Ce principe, dégagé par la jurisprudence fut repris par le législateur de 2002 qui impose désormais, à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, une information sur les risques « *graves normalement prévisibles* », la référence au risque « *normalement prévisible* » ne devant pas être comprise comme un retour au droit antérieur, mais comme un mode d'appréciation de l'existence du risque qu'il soit rare ou pas. En effet, les travaux préparatoires de la loi, montrent que le législateur n'avait pas l'intention de remettre en cause la jurisprudence sur les risques exceptionnels¹⁴². Depuis lors, la Cour de cassation a retenu l'absence de faute du médecin lorsque le risque révélé est totalement imprévisible et non, lorsque du fait de sa très faible fréquence, il ne peut se réaliser exceptionnellement¹⁴³.

169. Le droit positif exige donc une information portant principalement sur l'état de santé du malade¹⁴⁴, l'acte médical entrepris¹⁴⁵ et la phase post-opératoire¹⁴⁶. Cette obligation doit être respectée tant en consultation libérale que dans les établissements de soins privés ou publics¹⁴⁷. Toutefois, cette information, qui doit être délivrée au cours d'un entretien individuel, connaît quelques exceptions. Ainsi en est-il notamment dans les hypothèses d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé.

II. L'exigence d'un consentement : élément indispensable de l'acte médical

170. Le consentement à l'acte médical repose avant tout sur le libre arbitre d'une personne à disposer de son corps. Le malade doit exprimer son assentiment à la thérapeutique entreprise, ainsi que l'imposent expressément les articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique. Il s'agit de s'assurer que l'accord du patient est exempt de toute pression qui pourrait en altérer l'expression. Ainsi, par exemple, le consentement à l'acte médical ne peut être accordé en contrepartie d'une quelconque rémunération, du fait du principe de non patrimonialité des actes relatifs au corps humain (article 16-3 du Code civil).

¹⁴¹CE, ass, 5 janv. 2000, Assistance publique hôpitaux de Paris et Consorts Tell, RFDA, 2000, p. 641 ; JCP.G, 2000. 2. 10271

¹⁴²Assemblée nationale, « rapport d'information déposé par MM. C. EVIN, B. CHARLES et J.J. DENIS, déposé en application de l'article 145 du règlement par la commission des affaires culturelles, sur la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », 11 avril 2002, http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/droits_des_malades.asp, consulté le 25 mai 2009

¹⁴³Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 2002, Bull. 2002, I, n°314, p. 246

¹⁴⁴Cass, civ 1^{ère}, 20 janv. 1987, Bull. civ. I ; n° 19

¹⁴⁵Cass, civ 1^{ère}, 28 janv. 1942, D. 1942 jurispr. p. 63

¹⁴⁶C. santé publ., art. L 1142-4; C. Déont. méd., art. 35 al. 1^{er}

¹⁴⁷D. TRUCHET, « La décision médicale et le droit », A.J.D.A., 1995, p. 611.

171. Le consentement est par ailleurs toujours librement révoquant, le patient pouvant retirer son accord à tout moment et de façon purement discrétionnaire, tel qu'il en ressort de l'article 16-3 du Code civil. La loi sur les droits du malade et la qualité du système de santé, consacre aujourd'hui explicitement cette faculté de rétractation¹⁴⁸.

172. L'arrêt Mercier du 20 mai 1936 qui pose les fondements d'une responsabilité de nature contractuelle entre un médecin et son patient, avait toutefois jeté le trouble sur le fondement juridique du consentement médical. On a ainsi pu penser que le recueil du consentement pouvait être une condition nécessaire à la validité de la convention. Se posait alors la question de savoir s'il devait s'analyser comme une exigence contractuelle ou comme un élément déterminant de la dignité de la personne humaine. Il est en effet d'usage de désigner par consentement la manifestation de volonté de chacune des parties formant le contrat. Il exprime ainsi le caractère volontaire de s'engager déduit du principe de l'autonomie de la volonté. A cet égard, le patient choisit librement son praticien et celui-ci peut, hors cas d'urgence, décider de le prendre en charge ou non¹⁴⁹. L'analyse contractuelle du contrat médical a cependant, depuis longtemps, suscité les critiques de la doctrine, qui analyse le consentement comme une obligation se situant dans la phase d'exécution du contrat, et non lors de sa formation¹⁵⁰. Monsieur le Professeur Gérard Mémeteau parle d'ailleurs à ce sujet « *d'assentiment à l'acte médical* ». ¹⁵¹ Si en pratique, les deux consentements s'expriment dans un même accord de volonté, leurs objets sont différents. Le consentement à l'acte médical doit en principe être répété avant la réalisation de chaque acte médical pouvant intervenir dans le cadre de l'exécution du contrat médical. Ainsi, si tout contrat repose sur un accord de volonté, un accord est au surplus nécessaire à la réalisation de tout acte.

173. Le consentement à une intervention médicale, à un acte de prévention de diagnostic ou de soins n'a donc pas pour fondement principal le contrat, mais résulte du principe du respect de la personne humaine¹⁵². Par un arrêt du 9 octobre 2001, la Cour de cassation a énoncé que « (...) *le devoir d'information du médecin vis à vis de son patient trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »¹⁵³.

¹⁴⁸C.santé publ., art. L. 1111-4

¹⁴⁹C. Déont. méd., art. 47

¹⁵⁰ R. NERSON, « *Le respect par le médecin de la volonté du malade* », Mélanges Marty, p. 870 ; Cass. civ.1^{ère}, 9 mai 1951, D. 1952, Jur. p. 53 note R. SAVATIER ; L. GUIGNARD, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », RRJ, 2000, p. 45, S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », Gaz. Pal. 1998, I, doct. p. 2

¹⁵¹ G. MEMETEAU, *Cours de droit médical*, 3^{ème} édition, Les Etudes hospitalières, 2006, p 337

¹⁵²D.C. n°94-343/344, 27 juillet 1994 à propos de la loi du 29 juillet 1994. Le Conseil Constitutionnel reconnaît que le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine a valeur constitutionnelle,

¹⁵³Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n°249 ; D. 2001. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN ; JCP.G 2002.2. 10045, note O. CACHARD ; LPA, n°243, 6 déc. 2001, note C. CLEMENT ; LPA, n° 52, 13 mars 2002, p. 17, note F. MARMOZ ; Resp. civ. et assur. 2001, comm., n° 374

174. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 consacre cette analyse, puisqu'elle impose désormais le consentement à l'acte médical comme un droit fondamental de la personne malade, indépendamment de la nature des relations juridiques unissant le médecin et le patient, et donc de l'existence d'un contrat. Ainsi, en pratique l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, impose au médecin de recueillir préalablement le consentement du patient avant tout acte médical, et notamment lorsque ce dernier est attentatoire à l'intégrité corporelle du patient¹⁵⁴.

175. Cette position fut confirmée par la Cour de cassation le 3 juin 2010 laquelle abandonna le fondement de l'article 1147 du Code civil pour ne viser que l'article 16-3 et l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Elle unifie ainsi le fondement juridique de la responsabilité médicale et relie l'obligation d'information à une information légale rompant alors avec l'arrêt Mercier qui sanctionnait le manquement aux obligations d'un contrat entre un médecin et son patient.

Le consentement à l'acte médical, comme fondement de la relation de soins, est également une exigence du droit américain.

§2.L'exigence d'un « informed-consent » en droit américain

176. Le régime du consentement en droit américain est très proche des exigences imposées par le droit français en la matière puisque le patient doit être avant tout informé (I). Il est en effet considéré que le patient ne peut pas donner son consentement librement s'il n'a pas été informé des éléments thérapeutiques envisagés (II).

I. L'obligation d'information préalable du médecin américain envers son patient.

177. La loi de santé publique « *Public Health Law* » énonce dans sa section 2805 d (1) que le médecin doit informer son patient sur les alternatives thérapeutiques mais aussi sur les risques et bénéfices du traitement proposé. Il s'agit donc d'une obligation légale. La section 2805 d (2) limite quant à elle les cas d'action en responsabilité pour absence de consentement aux cas ne nécessitant ni de traitement d'urgence, ni d'opération d'urgence, ni de diagnostic qui portent atteinte à l'intégrité physique de la personne. En conséquence, pour engager la responsabilité du médecin, le patient devra apporter la preuve que le traitement n'a pas été administré dans une situation d'urgence et que le diagnostic évalué était nuisible¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cass. requ., 28 janv. 1942, Teyssier, DC, 1942, 63 ; Gaz. Pal, 1942. 1. 177.

¹⁵⁵ Etats-Unis, New-York Public health law, § 2805-d, NY Code, Section 2805-D, « Limitation of medical, dental or podiatric malpractice action based on lack of informed consent » ; <http://codes.lp.findlaw.com/nycode/PBH/28/2805-d#sthash.3GxC0pyt.dpuf>

178. Il est possible de regrouper les obligations légales du médecin en deux points essentiels :

- Il doit d'abord avertir son patient de la nature et de la gravité de la pathologie dont il est atteint.
- Il doit ensuite l'avertir des risques et du déroulement du traitement proposé, de ses possibilités d'échec ou de réussite, des options alternatives et de leurs risques et enfin, le cas échéant, du caractère expérimental du traitement proposé.

179. Au-delà de ces obligations légales, le jury en charge de la décision peut également se référer au « standard de soins » (concept que l'on peut considérer comme étant un ensemble de recommandations relatives aux bonnes pratiques médicales¹⁵⁶) pour déterminer d'autres obligations pouvant être à la charge du médecin. Ce standard de soins détermine les devoirs des professionnels au regard de leurs spécialités. Ainsi, par exemple, l'obligation d'obtenir le consentement de son patient par un pédiatre ne peut pas être évalué de la même manière qu'un gynécologue.

180. Des standards propres à chaque spécialité permettent donc aux jurys d'apprécier le comportement du fautif. Le standard de soins est en réalité un ensemble de règles de bon sens en matière médicale à valeur législative. Bien entendu, ces règles sont appréciées au regard de la même catégorie de patient et dans des circonstances équivalentes. L'intervention d'un expert est donc le plus souvent requise, elle est même parfois être une condition obligatoire de la procédure¹⁵⁷. L'intervention d'un expert dans les actions en responsabilité médicale est d'autant plus nécessaire lorsqu'elles reposent sur un défaut ou un vice de consentement du patient. En effet, l'origine de ce défaut ou de ce vice peut tout aussi bien être une faute médicale technique, qu'une faute d'humanisme du médecin, ce qui en conséquence, le rend difficile à déterminer.

II. L'obligation de recueillir le consentement du patient en droit américain

181. Une fois le patient informé, le médecin a l'obligation de recueillir le consentement éclairé de celui-ci avant d'intervenir sur sa personne. Cette information ne s'étend qu'aux risques dont le malade doit être « *raisonnablement informé* », ¹⁵⁸contrairement au droit français qui, en son article L.1111-2 du Code de la santé publique, requiert notamment une information sur les risques « *fréquents, graves ou normalement prévisibles* » comme il a été vu précédemment. Le droit français est donc plus exigeant que le droit américain.

182. *The lack of informed consent*, le manquement à l'obligation de requérir un consentement éclairé est un élément susceptible de mettre en œuvre l'action en responsabilité médicale régie aux Etats-Unis par la loi des *torts*. Cette action peut être mise en œuvre à l'issue d'un acte de négligence médicale ou d'une atteinte à l'intégrité physique du corps humain.

¹⁵⁶ Etats-Unis, *Travers v/ District of Columbia*, 1996, Courts of appeals, 672 A2d 566

¹⁵⁷ Etats-Unis, *New York Civil practice Law and Rules*, section R. 4401

¹⁵⁸ Etats-Unis, *Canterbury v/ Spence*, 1992, D.C. Cir, 464 F 2d 772 and *Cobbs v/ Gran*, 1972, Court of appeal, 502 P. 2d

183. Le consentement est en effet défini, par *le Black's Law Dictionary*, comme un acte de raison pris par une personne possédant toute sa capacité physique et mentale, dans le but de faire des choix intelligents entre diverses propositions¹⁵⁹. S'il ne lui est pas permis de faire ces choix en toute connaissance de cause, du fait de la négligence d'un professionnel de santé, cette personne peut alors engager la responsabilité du professionnel fautif. Ainsi, on comprend bien qu'un médecin qui faillit à son obligation d'information compromet la décision du patient si celui-ci est amené sur ses conseils à faire des choix de nature à modifier son aspect physique ou altérer ses capacités physiologiques. Dans ce cas, le professionnel peut être poursuivi pour atteinte à l'intégrité physique de la personne.

184. Cette approche poursuit la même logique que l'article 16-3 du Code civil français précité qui fait du consentement éclairé un droit fondamental. Le manquement à l'obligation de recueillir le consentement traduit donc l'échec du médecin de ne pas avoir su donner à son patient les bonnes informations sur son état de santé¹⁶⁰. En ce sens, la définition américaine du consentement aux soins traduit une analyse objective de la situation car, ce qui est pris en compte c'est la capacité du médecin à expliquer correctement à son patient la pathologie dont il est atteint et les alternatives thérapeutiques qui lui sont offertes, et non la capacité pour le patient de comprendre les explications du médecin.¹⁶¹

185. Il s'agit donc d'une obligation d'informer pour le médecin et non d'une obligation de comprendre pour le malade. On appelle cette approche *patient standard* ou *subjective standard* puisqu'elle prend comme point de référence, non pas le comportement du médecin, mais celui du malade¹⁶². Cette analyse objective reflète l'attention que le médecin doit porter envers son patient avant que celui-ci ne donne son consentement. Si le patient n'a pas pu être clairement mis au courant de la pathologie dont il souffre, et du choix du traitement, il ne peut en aucun cas donner un consentement à l'acte de soins en toute connaissance de cause. Interpréter que celui-ci n'a pas donné son consentement à l'acte effectué paraît donc logique au regard des choix exacts qui s'offraient à lui.

186. Cette position stricte du droit américain envers le médecin rejoint la position que peut adopter le droit français dans les relations existant entre professionnel et profane. En effet, aujourd'hui, le but essentiel de l'obligation d'informer est d'essayer de remédier à l'infériorité de certaines catégories de personnes. Or, entre un médecin et son patient, il est permis de considérer que le patient se trouve en situation d'infériorité étant donné que celui-ci ne dispose ni de la compétence ni des connaissances scientifiques qui lui permettraient d'établir un diagnostic. Il est contraint de se conformer à la décision du médecin. Les juges américains devront donc rechercher si un malade « *raisonnable* », aurait refusé l'acte médical qui s'est trouvé être dommageable¹⁶³.

¹⁵⁹Etats-Unis, H. CAMPBELL BLACK, *Black law Dictionary Definition of the terms of American and English jurisprudence ancient and modern*, 4th ed, West publishing, 1968, p 377

¹⁶⁰Etat-Unis, New-York Public health law, § 2805-d, NY Code, Section 2508 (1)-D: « Lack of informed consent means the failure of the person providing the professional treatment or diagnosis to disclose to the patient such alternatives thereto and the reasonably foreseeable risks and benefits involved as a reasonable medical, dental or podiatric practitioner under similar circumstances would have disclosed, in a manner permitting the patient to make a knowledgeable evaluation ».

¹⁶¹Etats-Unis, New York Civil practice Law and Rules, §.R. 4401 (a)

¹⁶²Etats-Unis, L. NOAH, « Informed consent and the elusive dichotomy between standard and experimental therapy », *Am J Law Med*, 2002, vol. 28, p. 367 et s.

¹⁶³ Etats-Unis, HOGAN v/ GRAY, Sup Court of Pennsylvania, 1996

187. Cette approche paraît cependant paradoxale, car le droit américain considère que la décision relève du concept de *privacy*, c'est à dire du respect de la vie privée. Si l'assentiment du patient relève de la vie privée, elle lui appartient et elle ne devrait pas pouvoir être confondue avec un consentement « standard » donné par une personne « moyenne » dans une situation semblable. Le concept de *privacy* renvoie à une analyse « *in concreto* » du consentement c'est-à-dire qui prend en compte les particularités de la personne qui l'émet, alors que les juges américains retiennent une analyse « *in abstracto* », en référence à un individu moyen que l'on pourrait apparenter en droit français au bon père de famille.

188. Le droit américain, tout comme le droit français ne requiert pas de forme particulière au recueil du consentement. Si le consentement du patient est recueilli par oral, il est conseillé au médecin de le consigner par écrit, de même que l'information délivrée, et de les faire figurer au dossier médical¹⁶⁴. Pour illustrer cette situation, on retiendra les recommandations suivantes entre un médecin, et son patient Mr James : « *Discussion avec Mr James qui aurait besoin d'une appendicectomie. Je lui ai expliqué qu'il ne pourrait reprendre son travail de manutentionnaire qu'une fois qu'il se sentira mieux. Je l'ai informé des risques suivants l'opération, mais aussi des risques qu'il encourt s'il décide de ne pas pratiquer cette opération, à savoir un risque d'appendicite pouvant dégénérer en une sérieuse infection de l'abdomen. Mr JAMES n'a posé aucune question quant à l'opération. Il a été informé et rassuré sur la procédure qui est prévue pour demain 8h15 du matin* »¹⁶⁵. De cette illustration, on peut déduire que le droit français et le droit américain ont de plus en plus tendance à converger sur le formalisme que doit revêtir l'obligation de recueillir le consentement.

189. En principe, le droit français n'impose aucune forme particulière au recueil du consentement du patient. Ainsi, la preuve du consentement libre et éclairé ne doit pas nécessairement être apportée par écrit et peut résulter d'une série de présomptions déduites des circonstances de la réalisation de l'acte médical¹⁶⁶ à la condition que des faits graves, précis et concordants soient établis¹⁶⁷. Cependant, les médecins français ont tout intérêt, comme c'est le cas aux Etats-Unis, de consigner le consentement de leur patient par écrit. Un tel document permet en effet au médecin de se pré-constituer des preuves sur le respect de ses obligations. Bien entendu, un tel écrit ne pourra jamais constituer une décharge de responsabilité, ou contenir des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité puisque ces dernières sont réputées nulles lorsqu'elles portent sur le corps humain.

¹⁶⁴ R. CARROL, *Risk and Management Handbook for Health Care Facilities*, The American Hospital Publishing, Jossey Bass, 1990, p 177-182

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Cass, civ 1^{ère}, 14 oct. 1997, Gyuomar, JCPG 1997, 2, 22942, rapp. P. SARGOS. L'existence du consentement libre et éclairé est déduite de la profession de l'intéressée, des nombreux entretiens qu'elle avait eu avec le médecin et de son anxiété avant l'examen

¹⁶⁷ C. civ., art.1353

190. Toutefois, ce document ne pourra que constituer un début de preuve par écrit et devra être accompagné d'autres éléments permettant d'affirmer que les obligations du médecin en la matière auront bien été respectées. J-F. BURGELIN procureur général près la Cour de cassation précisait en effet dans le rapport annuel de la Cour de 1999 que : « (...) ce serait une erreur de focaliser toute l'attention sur le document que le médecin remettrait au patient avant d'intervenir, document sur lequel figureraient tous les risques possibles et imaginables encourus. Il sera le plus souvent trop long, illisible ou non compris. Je ne suis pas sûr que les tribunaux en tireraient, le cas échéant, la conclusion que le malade ait été « informé » au sens de la jurisprudence contemporaine »¹⁶⁸. Il importe en effet avant tout que le médecin se fasse comprendre de son patient, qu'il lui délivre une information particulièrement adaptée à sa personne.

SECTION II. L'EXISTENCE D'UN CONSENTEMENT MUTUEL A L'ACTE MEDICAL

191. Le consentement dans la relation médecin-patient est fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit français comme en droit américain. Il en résulte que le patient peut librement choisir son médecin qui à son tour est libre, hors cas d'urgence, de le soigner ou non. Le recueil du consentement du patient est apprécié de façon similaire dans les deux droits (§2), pourtant, le droit américain laisse plus de liberté au professionnel de santé dans le choix de son patient que le droit français (§1).

§1. Une appréciation différente du consentement du médecin

La loi française laisse peu de liberté au médecin français dans le choix de ses patients (I) alors que cette liberté est un élément fondamental de la relation en droit américain (II).

I. L'approche française du consentement du médecin : la perpétuelle situation d'offre de soins

192. Le code de déontologie médicale précise en son article 32, qu'une obligation de soigner son patient pèse sur le praticien « dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande ». Cette obligation de donner des soins est intrinsèque à l'activité médicale. Le médecin doit écouter, examiner, conseiller, soigner avec la même conscience professionnelle quelques soient ses patients. Il doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin et lui en faciliter l'exercice.

193. L'article L.1110-3 du code de la santé publique dispose, par ailleurs, qu'aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention et aux soins. Le médecin ne peut donc pas, en principe, choisir son patient. Cependant, le médecin n'est plus tenu à cette obligation de soins, dès lors qu'il a refusé de répondre à la demande du patient.

¹⁶⁸ J.-F. BURGELIN, « L'obligation d'informer expliquée aux médecins », Rapp annuel C. Cass., Doc. Fran., 1999., p. 71

194. L'article 47 alinéa 2 du code de déontologie médicale admet ainsi que le médecin peut avoir le libre choix de ses patients : « (...) hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles ». En cas d'urgence, en effet, la responsabilité pénale du médecin peut être engagée s'il « s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours »¹⁶⁹. Un médecin qui refuse d'intervenir pour une personne qui se trouve en situation d'urgence peut donc être poursuivi pour le délit de non-assistance à personne en péril. Ce qui ne se trouve pas être le cas en droit américain en raison de l'existence du statut légal du « bon samaritain »¹⁷⁰.

195. Hors le cas d'urgence cependant, le médecin dispose de la possibilité d'invoquer une clause de conscience qui lui permet de refuser de prêter des soins, sauf urgence ou cas d'humanité, donc de refuser de se lier avec un malade en qui il n'a pas confiance¹⁷¹. Le médecin a alors la faculté de ne pas pratiquer un acte médical qui, bien qu'autorisé par la loi, serait contraire à ses convictions éthiques ou religieuses¹⁷². Il doit toutefois l'orienter vers un autre professionnel de même spécialité ou un établissement de santé pratiquant l'acte demandé. Une clause de conscience a été accordée au médecin par la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG)¹⁷³. Dès lors, un médecin en raison de ses convictions personnelles peut faire valoir la clause de conscience et refuser d'accomplir une IVG¹⁷⁴.

196. Le médecin dispose par ailleurs de la faculté de refuser des soins en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, fondement de la relation médecin/patient. Ainsi, l'article R. 4127-47 du code de la santé publique dispose que le médecin a droit de refuser des soins pour des raisons personnelles ou professionnelles essentielles et déterminantes de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins. Hormis ces exceptions, le médecin français a toujours l'obligation de soigner une personne qui le sollicite.

¹⁶⁹C. pen., art. 223-6

¹⁷⁰Etats-Unis, American Medical Association, « Good Samaritan, Charitable Care Statutes, and Specific Provisions , Related to Disaster Relief Efforts », 27 Aug. 2008, http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/goodsamaritansurvey_rev%20082708.pdf. Le médecin américain est protégé par le good samaritan statute qui constitue une immunité légale.

¹⁷¹G. MEMETEAU, *Cours de droit médical*, 3^{ème} édition, les Etudes hospitalières, 2006, n°385

¹⁷²F. ELGUIZ, Dictionnaire permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, Les éditions législatives, p. 258

¹⁷³C.santé publ., art. L. 2212-8

¹⁷⁴S.PORCHY-SIMON, « La clause de conscience des médecins : portée et limites », colloque 12 avril 2002, « Sommes-nous propriétaires de notre santé ».

II. Une liberté plus large du médecin américain de consentir aux soins

197. La situation du médecin américain est très différente de celle du médecin français. Si on a pu dire que ce dernier est en perpétuelle situation d'offre de soins, le médecin américain est beaucoup plus libre dans ses choix et dans la possibilité de refuser de soigner. « *Le médecin, hors le cas de réquisition légale, est libre de ne pas déférer à l'appel d'un malade ou d'un blessé. Les médecins ont à cœur de ne point refuser leurs soins en cas d'urgence, même si leur rémunération n'est pas assurée, c'est là une question d'honneur, de haute conception du devoir, ce n'est pas une obligation* »¹⁷⁵. En conséquence, le médecin américain n'est jamais tenu d'accepter de soigner un patient. Cette position est déduite de la relation consensuelle qui existe entre un médecin et son patient. La faculté de refuser les soins est un principe dégagé par la jurisprudence Hurley c/ Eddingfield de 1901¹⁷⁶. Un médecin américain peut toujours refuser les soins et ceci sans exception, ils ne sont pas tenus, comme c'est le cas en France, d'une obligation légale de porter secours. Seuls en effet, les hôpitaux sont tenus d'assurer les « urgences ».

198. La jurisprudence considère d'ailleurs que la relation consensuelle ne peut exister que si le médecin a accepté la personne en tant que patient¹⁷⁷. Dans un arrêt Lyons v/ Grether de 1977¹⁷⁸, un médecin refusa de soigner une non voyante, car celle-ci insista pour que son chien reste dans la salle d'attente. Cette dernière intenta une action contre le médecin considérant qu'une convention avait été formée dès lors qu'elle s'était présentée au cabinet médical. Elle fut déboutée de son action, les tribunaux considérant que le défendeur n'était pas tenu de soigner cette patiente dès lors, qu'il ne l'avait pas encore acceptée comme telle. La position américaine va donc bien plus loin que la clause de conscience en droit français qui ne permet au médecin de refuser de soigner un patient que si l'acte est contraire à ses convictions ethniques ou religieuses¹⁷⁹.

199. Par ailleurs, la notion de non-assistance à personne en danger n'a pas de fondement puisque le fait de porter secours n'a qu'une connotation « honorifique »¹⁸⁰. L'obligation de porter secours n'existe pas en *Common Law*. La relation entre un médecin et son patient est subordonnée à la théorie générale des *torts* (responsabilité délictuelle). Or pour que l'action en responsabilité soit fondée, il faut que le médecin ait manqué à une obligation de nature légale ou jurisprudentielle.

200. La non-assistance à personne en danger ne revêt pas un tel caractère. Dès lors la responsabilité du médecin ne peut être recherchée si celui-ci n'a pas administré de soins en cas d'urgence. Les hôpitaux sont les seuls dans l'obligation de délivrer des soins d'urgence aux Etats-Unis, cette obligation étant guidée par leur mission générale d'intérêt public¹⁸¹. Le médecin américain ne participant pas à cette mission de service public est donc libre de choisir ses patients.

¹⁷⁵ P. APPLETON, Droit médical, 2^{ème} édition, Librairie du monde médical, Paris 1939, p.139

¹⁷⁶ Etats-Unis, Hurley v/ Eddigfiel, 1901, 156 Ind, 59 NE, 1058

¹⁷⁷ M. BERNADI, A-F MINOT, M. TERPEREAU, « La responsabilité médicale aux Etats-Unis » Act. Jurisanté, n°43, 2003, Responsabilité médicale et droit comparé, p 15

¹⁷⁸ Etats-Unis, Lyons v/. Grether, 1977, 239 S.E.2d 103

¹⁷⁹ F. ELGUIZ, Dictionnaire permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, Les éditions législatives, p. 258

¹⁸⁰ P. APPLETON, Droit médical, 2^{ème} édition, Librairie du monde médical, Paris 1939, p.139

¹⁸¹ Etats-Unis, C. HAVIGHURST, « When does a patient doctor relationship exist ? » , *Health care law and Policy : Readings, Notes and Questions*, University casebook series, Fondation Press, 1988, p 757

201. Cependant, le *Principles of Medical Ethics de l'American Medical Association*¹⁸² émet des recommandations au médecin décidant d'intervenir en cas d'urgence. Ainsi, « (...) un médecin peut choisir qui il va servir. En cas d'urgence cependant, il se doit de servir son patient au mieux de ses capacités »,¹⁸³ mais en aucun cas sa responsabilité disciplinaire ne pourra être recherchée si les termes de cette recommandation n'ont pas été respectés.

202. La situation est toute autre en revanche si le médecin américain a commencé à administrer des soins à son patient et qu'il décide de les arrêter. Dans ce cas, sa responsabilité peut être recherchée. Le principe du consentement mutuel veut en effet que le médecin mette fin à la relation l'unissant à son patient de manière réciproque c'est-à-dire avec l'acceptation de celui-ci. Une fois que la relation médecin/patient est établie, le médecin américain ne peut abandonner son patient au risque d'engager sa responsabilité, à moins de l'orienter vers un confrère acceptant de prendre le relais¹⁸⁴.

§2. Une appréciation similaire du consentement du patient

203. La décision médicale est en droit français comme en droit américain, une décision consensuelle. Il s'agit d'une véritable codécision (I). Il existe néanmoins des exceptions où le médecin peut agir sans le consentement de son patient (II).

I. L'existence d'une codécision médicale entre le médecin et son patient

204. Il résulte du principe du respect de la dignité de la personne humaine que toute personne peut se tenir informée et prendre en toute connaissance de cause les décisions concernant sa santé. Il doit exister un véritable échange entre un médecin et son patient qui va au-delà de la simple obligation de soins du médecin. Pour autant, avant la promulgation de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, la décision du patient concernant sa santé relevait davantage de l'assentiment que d'une véritable décision autonome (1). Depuis lors, il semble qu'un droit au partage de la décision médicale ait été consacré (2).

¹⁸² L'AMA est une association de médecins américain fondée en 1847 qui a pour objet de promouvoir la science médicale à travers les Etats-Unis et de l'améliorer afin d'assurer une meilleure santé à la population ; <http://www.ama-assn.org/>, consulté le 17 septembre 2009

¹⁸³ Principles of Medical Ethics, American Medical Association, 535 North Street Chicago, Illinois 60610, Section 5

¹⁸⁴ Etats-Unis, Young v/ Jordan, 1928, West Virginia, 145 S.E. 41; and Alexandris, v/ Jewett, 1968, 388 F.2d 829 (1st Circuit, 1968) ; G. POZGAR, *Legal Aspects of Healthcare Administration*, 10th ed., 2007, Jones and Bartlett Publishers, p. 73

1. *La décision du patient comme assentiment aux soins avant la loi n°2202-303 du 4 mars 2002*

205. Initialement, le consentement éclairé aux soins était plutôt considéré comme un assentiment aux soins¹⁸⁵, notion qui traduisait l'adhésion du patient aux propositions du médecin (à noter que cette conception pouvait difficilement s'accommoder de la nature contractuelle de la relation de soins). Le médecin, en raison de son autorité paternaliste, était présumé le seul à pouvoir prendre les bonnes décisions concernant la santé de son patient. Il devait décider de la thérapeutique qu'il devait adopter, sans réellement se soucier de la volonté du patient, la seule santé de ce dernier ayant un intérêt. Personne ne pouvait en effet contraindre un médecin à prendre une décision qui devait aller à l'encontre de son jugement. Cela aurait conduit implicitement à remettre en cause ses capacités professionnelles.

206. Cette notion d'assentiment était cependant le reflet d'une certaine inégalité entre les deux protagonistes de la relation de soins et ne convenait plus à la philosophie qui précédait la loi sur la démocratie sanitaire. En effet le médecin proposait, et le patient ignorant acceptait.

2. *Le droit au partage de la décision médicale en droit français et en droit américain.*

207. Dorénavant, la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 consacre, la décision du patient en disposant que : «Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé »¹⁸⁶.

208. Ainsi, cet assentiment qui procède des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du code de la santé publique, s'entend comme une décision quasi unilatérale qui relève du principe de l'autonomie de la volonté, expression de la liberté individuelle. La jurisprudence du Conseil d'Etat du 16 Août 2002¹⁸⁷, qui consacre le droit du patient à donner son consentement comme une liberté fondamentale, procède de cette même analyse. Le patient n'est plus, celui qui informé, donne son assentiment à un acte de soins, mais il « prend, avec le professionnel (...) les décisions concernant sa santé ».

209. La loi laisse donc une place à la notion de partage dans la prise de décision. La thérapeutique suppose qu'elle soit dorénavant scrupuleusement discutée, étudiée, décortiquée, analysée autant dans ses avantages que dans ses inconvénients. Le patient doit décider en toutes connaissances de causes et en toute conscience. Il est en droit d'accepter ou de refuser des soins qui seraient contraires à son éthique ou en contradiction avec ses valeurs. En ce sens, la décision du médecin a également toute sa place dans l'acte médical. Il doit décider de la thérapeutique qu'il va adopter en fonction du cas que présente son patient. La décision du médecin est une décision partagée, il décide des soins qu'il va administrer, en informe le patient qui y donnera son consentement.

¹⁸⁵ Cass. requ., 28 janv. 1942, Teyssier, DC, 1942, 63 ; Gaz. Pal, 1942, 1, p. 177. La Cour de cassation associait le respect de la volonté du patient au « respect de la personne humaine ».

¹⁸⁶ C. santé publ., art. L.1111-4

¹⁸⁷ CE, ord. 16 août 2002, L.P.A., n° 85, 29 avr. 2003, pp. 6-17, note G. FAURE, M. DAURY-FAUVEAU, F. HENOT ; L.P.A., n° 61, 26 mars 2003, pp. 4-10, note C. CLEMENT ; Resp civ. et ass., n° 12, 1^{er} déc. 2002, pp. 4-11 note S. PORCHY-SIMON

210. Il existe cependant des hypothèses où la décision du médecin prime sur celle du patient. Le médecin peut alors prendre seul la décision « en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui »¹⁸⁸, mais la sphère de la décision unilatérale du médecin reste donc très limitée, et ne peut en aucun cas devenir la règle. Cette hypothèse se vérifie en présence d'incapable. Elle se vérifie aussi en cas de refus du patient de connaître son état, l'article 35 du Code de déontologie médicale prévoyant qu'un malade peut être tenu dans l'ignorance « dans son intérêt » et pour « des raisons légitimes ». En effet, si le médecin doit une information loyale, claire et appropriée à son patient sur son état, les investigations et les soins qu'il propose, il peut être dispensé de cette obligation pour des raisons légitimes qu'il apprécie en conscience. Cette hypothèse est celle de l'exception thérapeutique. Ainsi, le médecin peut user de son droit à garder le silence dans le cas où un malade ne serait pas capable de supporter un pronostic grave¹⁸⁹. Une maladie grave peut causer des séquelles irréversibles sur la personne du malade, si bien qu'il est parfois bon pour sa santé qu'elle soit tenue dans l'ignorance ou qu'elle soit informée de son état progressivement. Le médecin doit alors pouvoir faire application de cette possibilité si les circonstances l'exigent. Il ne doit pas pour autant tenir un patient dans l'ignorance sur la gravité d'un risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire¹⁹⁰.

211. Cette hypothèse, se vérifie également en cas de refus du consentement du patient. Le Conseil d'Etat a validé la décision d'un médecin allant à l'encontre de la décision du patient lui-même, alors que celui-ci était à même d'exprimer sa volonté. Il s'agit de la jurisprudence relative au refus de soins. La Haute juridiction a ainsi admis que la volonté du patient peut être méconnue à la triple condition que l'acte médical soit indispensable à sa survie, proportionné à son état et que le médecin le réalise avec l'intention de sauver la vie du malade¹⁹¹.

212. En règle générale la codécision médicale reste le principe et prend la forme d'une concertation. La règle du contradictoire doit être respectée. A ce titre, l'obligation d'information du médecin en tant que titulaire du « savoir » est essentielle à la réalisation du principe du contradictoire¹⁹². L'obligation d'information doit être mise en œuvre au cours d'un entretien individuel¹⁹³. La procédure de décision se déroule alors en deux temps. D'abord, il appartient au médecin d'informer le patient des différentes alternatives thérapeutiques qui s'offrent à lui, puis dans un second temps, le patient détermine son choix.

¹⁸⁸C. civ. art. 16-3

¹⁸⁹P. SARGOS, « Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin », Méd. et Dr., n°24, 1997, p. 2 et s.

¹⁹⁰Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, Bull. n° 227, pourvoi n° 99-10 886

¹⁹¹CE, 26 oct 2001, RGDM, n° 8, 1^{er} oct. 2002, pp. 111-118, note K. DULUC, M-T PAIN-MASBRENIER ; Dr. Adm. n° 7, 1^{er} juil. 2002, pp 5-9, note A. MERSCH ; JCP n° 6, 6 fév. 2002, pp. 302-304, note J. MOREAU ; LPA, n° 11, 15 janv. 2002, pp 18-21, note C. CLEMENT ; Resp. civ. et ass., n°1, 1^{er} janv. 2002, pp13,14 ; CE ord. 16 août 2002, S. PORCHY-SIMON, « *Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002* », Res. civ. et ass., JCP, déc. 2002, chroniques, p. 4 et s. ; A. MERSCH « Le refus de soins devant le Conseil d'Etat », Droit administratif, JCP juillet 2002, chroniques, p. 5 et s. ; C. CLEMENT « *Référé liberté fondamentale et refus de soins* », LPA, n°61, 26 mars 2003, p. 4 et s.

¹⁹²P. LOKIEC, « La décision médicale », RTD civ. 2004 p. 641

¹⁹³C. santé publ., art. L.1111-2

213. En droit américain, le consentement à l'acte médical repose avant tout sur la relation médecin-patient (*the physician-patient relationship*). C'est en effet une relation consensuelle dans laquelle chacune des parties va exprimer ses orientations et ses choix. L'échange des consentements des deux parties est nécessaire. Le médecin orientera le patient sur les différentes alternatives thérapeutiques et le malade sera libre de les accepter ou pas¹⁹⁴.

214. Le consentement du patient est assimilé comme en droit français à une véritable décision. Ainsi, si la loi présume qu'une personne est en capacité de donner son consentement à l'acte médical, la jurisprudence hisse cette faculté au rang de droit fondamental¹⁹⁵.

II. L'impossibilité pour le patient de donner son consentement

215. Si en France comme aux Etats-Unis, le consentement du patient est nécessaire, il faut cependant réserver certaines circonstances particulières. Il s'agit de l'état d'inconscience et d'incapacité (1) et de la situation d'urgence (2).

1. L'état d'inconscience et l'incapacité

216. Il peut arriver que le malade ne puisse exprimer sa volonté de consulter ou d'être pris en charge par un médecin en raison de son état de santé. Il s'agit le plus souvent d'une personne inconsciente, d'un mineur ou d'un majeur incapable. Afin que le consentement ne soit pas un obstacle à l'offre de soins, le droit français et le droit américain ont prévu quelques aménagements à l'expression du consentement

217. La jurisprudence française a élaboré la notion de protecteurs naturels pour désigner les personnes ayant qualité pour appeler un médecin à la place et pour le compte du malade¹⁹⁶. Elle a ainsi coupé court au paternalisme du médecin qui autorisait ce dernier à agir, même en l'absence d'accord du patient ou de ses proches, lorsque celui-ci était hors d'état de manifester son consentement. La notion de protecteur naturel dégagée par la jurisprudence inclut les ascendants et descendants, les membres les plus proches de la famille, mais aussi les pacsés et les concubins. L'article L.1111-6 du code de la santé publique ajoute à cette liste la personne de confiance dont l'avis n'a que simple valeur de consultation, étant donné qu'il ne constitue que l'un des éléments pris en compte par les médecins dans le processus de recherche du consentement. Cette personne de confiance peut être désignée par toute personne majeure, à moins qu'elle n'ait été placée sous tutelle.

218. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui consacre l'article L.1111-4 du code de la santé publique met en exergue cette idée de protecteur naturel en disposant que : « (...) lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance (...), ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ».

¹⁹⁴Etats-Unis, New-York Public health law, art. 28, § 2805-d (1), Limitation of Medical, Dental or Podiatric Malpractice Action Based on Lack of Informed Consent

¹⁹⁵ Etats-Unis, *Schloendorff v. Society of N.Y. Hospital*, 1914, Court of appeal, 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92 ; *Russo v/ Katz*, 1986, 67 N.Y 2d 485, 482

¹⁹⁶Cass. Civ. 8 nov 1955, D. 1956.557, note R. SAVATIER ; JCPG., 1956,2,9014 ; CA Lyon, 17 nov 1952, JCP G., 1953. 2. 7541, obs. R. SAVATIER.

219. Dans le cas des mineurs, le consentement peut être recherché par le médecin auprès des titulaires de l'autorité parentale. On admet toutefois, la possibilité du consentement d'un seul des deux parents dans le cas d'intervention simple. Il faut cependant préciser que lorsque le mineur est en âge de comprendre, il doit toujours être consulté. Les parents doivent ainsi associer « *l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* »¹⁹⁷. En outre, la loi du 4 mars 2002 prévoit une disposition faisant échec à l'autorité parentale, en permettant au mineur d'opposer à ses parents le secret médical et au médecin, de réaliser les actes nécessaires sans son autorisation¹⁹⁸.

220. Le consentement de majeur incapable doit également être « *systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté ou à participer à la décision* »,¹⁹⁹ en plus du consentement de son tuteur légal²⁰⁰. L'information de ce dernier doit être en conséquence, adaptée à ses facultés de discernement. En cas d'impossibilité pour le majeur incapable d'exprimer sa volonté, il peut nommer une personne de confiance qui l'assistera dans les décisions concernant sa santé. Concernant le majeur sous tutelle, il peut, depuis de l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, nommer un mandataire de protection future, chargé de représenter l'individu encore capable pour les situations où il ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts. Il est prévu que ce mandataire pourra être la personne de confiance²⁰¹.

221. Le droit américain a également créé des aménagements à l'expression du consentement dans le cas où le malade serait dans l'impossibilité de donner son consentement. Celui-ci peut être alors donné par une personne disposant du « *Health care proxy* », lequel s'apparente à une procuration. Cette règle fut aménagée par l'article 29-C de la loi de santé publique²⁰² qui énonce que lorsqu'un patient n'est pas capable de prendre les décisions qui le concernent, il faut rechercher la personne disposant d'une procuration. Celle-ci se matérialise par un document dans lequel le patient indique par avance le nom de la personne habilitée à prendre une décision à sa place et les instructions qu'il lui donne. Il s'agit d'une véritable décision prise dans l'intérêt d'autrui.

222. Il y a donc là une différence fondamentale avec le droit français qui lui ne fait référence qu'à une simple consultation de la personne de confiance. La personne qui est ainsi désignée, dispose d'un véritable mandat qui lui permet de décider à la place et pour le compte de la personne malade. La règle du « *Health care proxy* » est cependant très encadrée par la loi de santé publique. Pour commencer, toute personne capable a la possibilité de désigner un agent qui agira pour son compte. Il peut s'agir de n'importe quelle personne sauf si la loi en a décidé autrement²⁰³. Il ne peut pas s'agir d'un agent ou d'une personne exerçant dans l'établissement de santé dans lequel le patient sera soigné, à moins qu'il ne soit lié par le mariage, par le sang ou l'adoption. L'exception est également valable lorsque l'agent désigné est un médecin²⁰⁴.

¹⁹⁷C. civ. art. 371-1

¹⁹⁸C. santé publ. art. L. 1111-5

¹⁹⁹C. santé publ. art. L. 1111-4

²⁰⁰C. santé publ. art. L. 1111-2

²⁰¹Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

²⁰²Etats-Unis, New-York Public health law, § 2805-d (6)

²⁰³Etats-Unis, New-York Public health law, § 2981 (1) a

²⁰⁴Etats-Unis, New-York Public health law, § 2981 (1) b

223. D'autre part, le patient doit désigner la personne qui va agir pour son compte selon les règles établies par l'institution de santé. Il doit entre-autre, signer et dater la procuration en présence de deux témoins²⁰⁵. La procuration doit identifier clairement la personne désignée et le bénéficiaire, ainsi que les vœux et les instructions de ce dernier ainsi que les conditions dans lesquelles elle doit prendre fin. Si le patient devient entre temps incapable, la procuration continue d'être efficace jusqu'à la date de son expiration²⁰⁶.

224. Concernant l'expression du consentement d'un mineur, il faut distinguer comme en droit français, le mineur en âge de donner son avis et celui qui en raison de son âge n'a pas encore acquis cette faculté. Cette distinction a été dégagée par une jurisprudence *Belcher c/ Charleston Area Medical Center* de 1992²⁰⁷ et pose le principe selon lequel le médecin doit toujours rechercher le consentement des parents d'un mineur qui n'est pas encore en âge de comprendre. Un médecin ne peut passer outre l'obligation de recueillir le consentement ou celle d'administrer un quelconque traitement à un mineur, sans l'accord de ses parents. D'après la législation américaine, l'appréciation du mineur en âge de comprendre est une question de fait. Cette évaluation est fonction de l'âge, de la capacité, de l'expérience, de l'éducation et du comportement vis à vis de la pathologie. S'il existe un conflit entre le choix du mineur et celui de ses parents, les juridictions privilégient alors l'assentiment du médecin sur la capacité de son patient à prendre les bonnes décisions. La responsabilité du médecin s'en trouve en conséquence totalement dérogée²⁰⁸.

2. *La situation d'urgence*

225. L'article L 1111-4 alinéa 4 du code de la santé publique énonce que seule l'urgence ou l'impossibilité légitime une intervention sans consultation d'un proche. Le consentement du patient comme celui de ses proches n'a donc pas à être recherché en cas d'urgence. Cette exception à la recherche du consentement du patient reprend les termes de l'article 36 du code de déontologie médicale qui dispose que parfois l'état du patient anéantit toute possibilité matérielle ou intellectuelle de recueillir son consentement tout comme la possibilité de l'informer.

226. L'urgence des soins justifie en effet que le médecin soit dispensé de son obligation d'information comme l'admet le code de déontologie en son article 41 ainsi que l'article 3 de la Charte du patient hospitalisé. Toutefois, la légitimité de la non intervention du patient doit être prouvée. Il y a en effet *« des degrés différents dans l'urgence, par exemple, une intervention devant un arrêt cardiaque doit être immédiate. D'autres pathologies urgentes ne réclament pas une intervention toujours aussi rapide. C'est par exemple le cas devant certaines pneumopathies ou devant certaines décisions de mise en œuvre de ventilation artificielle. D'autres traitements peuvent être considérés comme relativement urgents, comme par exemple le traitement d'une phlébite ou celui d'un syndrome de Guillain-Barré, mais laissent un certain temps pour la réflexion »*.²⁰⁹

²⁰⁵Etats-Unis, New-York Public health law, § 2981 (5) b

²⁰⁶Etats-Unis, New-York Public health law, § 2981 (3) a

²⁰⁷Etats-Unis, *Belcher v/ Charleston Area Medical center*, 188 W. Va. 105, 422 S.E2d 827 (1992)

²⁰⁸*Ibid.*

²⁰⁹Ch. BYK, « Urgence et thérapie : rigueur et évolution du droit », RGDM. ,n°3, 2000, p. 9 et s.

227. L'impossibilité d'informer admise par l'article L.1111-2 du code de la santé publique ainsi que par l'article 41 du code de déontologie vise objectivement le cas du malade inconscient. Le législateur a toutefois pallié en partie cette difficulté, en instaurant la représentation du malade par la personne de confiance.

228. En droit américain, si le médecin choisit d'administrer un traitement d'urgence à un patient inconscient, il ne peut le faire que s'il n'y a pas de raison de croire que le patient aurait refusé celui-ci.

229. En l'absence de preuve d'une telle opposition du malade, le consentement au traitement d'urgence est présumé. Le médecin a donc dans ce cas, recours à une sorte de décision implicite du patient. Toutefois quand il est évident que le consentement n'aurait pas été donné, la responsabilité du médecin peut être recherchée sur le fondement de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne humaine²¹⁰ (*tort of battery*). Cette faute sera appréciée par rapport à un standard dans les interventions d'urgence (emergency standard). Cette interprétation au cas par cas tente d'apprécier le cas d'urgence par rapport à différentes situations vécues. Cette analyse est proche de la définition française de l'urgence médicale appréciée strictement par la jurisprudence.

²¹⁰Etats-Unis, Shine v/ Vega, 1999, 709 N.E. 2d 58, Mass

Conclusion

230. Le régime juridique de la responsabilité pour faute médicale est un différent de part et d'autre de l'atlantique. En droit français, les règles qui régissent les conflits médecin-patient, sont d'abord d'ordre légal et réglementaire, par principe, depuis la promulgation de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, mais également d'ordre contractuel, délictuel et de droit public. Elles dépendent en réalité de la nature des rapports existants, ce qui est fort critiquable au regard de la cohérence du droit et du principe de sécurité juridique.

231. Le droit américain a, quant à lui, unifié ces règles sous le régime des « *torts* », qui pourrait être l'équivalent en droit français d'une responsabilité de nature délictuelle. Pourtant, comme en droit français, la relation qui unit un médecin et son patient est fondée sur le même principe du consensualisme. De ce principe, n'est cependant pas déduite la formation d'un contrat de soins dont l'inexécution peut donner lieu à compensation d'un préjudice, ce dernier ne pouvant être indemnisé que par la mise en œuvre de la loi des « *torts* ». A la différence du droit français, le contrat de soins, en droit américain, est considéré comme une relation dans laquelle les parties ont établi une confiance mutuelle, et non une relation dans laquelle elles se seraient obligées à exécuter des soins pour l'une (l'obligation de porter des soins n'existe pas en droit américain) et à payer des honoraires pour l'autre.

232. Si le régime de la responsabilité pour faute médicale est différent de part et d'autre de l'Atlantique, il n'en demeure pas moins que les droits des patients et des médecins, en la matière, présentent de fortes similarités

Le tableau suivant a pour objet de comparer le statut juridique de la responsabilité médicale dans les deux législations ainsi que les principes gouvernant la relation de soins.

		Droit Français	Droit américain			
Statut juridique de la responsabilité médicale	Règles	<p>➤ <u>Règles antérieures à loi du 4 mars 2002</u> :</p> <p>Articles 1382 et 1383 du Code civil (responsabilité de nature délictuelle) Article 1147 du Code civil (responsabilité de nature contractuelle de 1936 à 2011) Article 16-3 du Code civil</p> <p>➤ <u>Règles en vigueur depuis la loi du 4 mars 2002</u> :</p> <p>Article L. 1142-1 du code de la santé publique Article 16-3 du Code civil</p>	<i>Tort Law : <u>Restatement second of Tort</u></i>			
	Principes de jurisprudence	<table border="1"> <tr> <td>Civile</td> <td> Cass. Requ, 18 juin 1835 Cass civ, 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier Cass. Civ. 1^{ère} 3 juin 2010 n° 09-13.591 </td> </tr> <tr> <td>Administrative</td> <td> CE, 1935 Dame Vion et Dame Philipponeau (Responsabilité de l'Etat reconnue en cas de faute lourde) CE, du 29 juin 1959 Rozet (Responsabilité pour faute simple pour les actes non médicaux) CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V (Responsabilité pour fautes simple pour les actes médicaux) CE, 9 avril 1993, Bianchi (Responsabilité pour risques) </td> </tr> </table>	Civile	Cass. Requ, 18 juin 1835 Cass civ, 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier Cass. Civ. 1 ^{ère} 3 juin 2010 n° 09-13.591	Administrative	CE, 1935 Dame Vion et Dame Philipponeau (Responsabilité de l'Etat reconnue en cas de faute lourde) CE, du 29 juin 1959 Rozet (Responsabilité pour faute simple pour les actes non médicaux) CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V (Responsabilité pour fautes simple pour les actes médicaux) CE, 9 avril 1993, Bianchi (Responsabilité pour risques)
Civile	Cass. Requ, 18 juin 1835 Cass civ, 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier Cass. Civ. 1 ^{ère} 3 juin 2010 n° 09-13.591					
Administrative	CE, 1935 Dame Vion et Dame Philipponeau (Responsabilité de l'Etat reconnue en cas de faute lourde) CE, du 29 juin 1959 Rozet (Responsabilité pour faute simple pour les actes non médicaux) CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V (Responsabilité pour fautes simple pour les actes médicaux) CE, 9 avril 1993, Bianchi (Responsabilité pour risques)					

		Droit Français	Droit américain
Principes gouvernant la relation médicale	Base du consensualisme	<p><u>Principe de l'autonomie de la volonté :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Article 16-3 du Code civil ➤ Article L.1111-4 du CSP : Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ➤ R. 4127-47 CSP : le médecin a le droit de refuser des soins pour des raisons personnelles ou professionnelles essentielles et déterminantes de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins ➤ Toutefois, Article 223-6 du Code pénal: Le médecin qui refuse d'intervenir en cas d'urgence peut donc être poursuivi pour le délit de non-assistance à personne en péril 	<p><u>Principe de l'autonomie de la volonté :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ PHL 2805 (1) : la relation médicale est de nature consensuelle : chacune des parties va exprimer ses orientations et ses choix ➤ <i>Findlay v/ Board of Supr's</i>, 1951 ➤ <i>Willoughby v/ Willkins</i>, 1983 Existence d'une relation de soins entre un médecin et son patient, du simple fait de l'évaluation de l'état de santé du malade ➤ <i>Hurley c/ Eddigfiel</i>, 1901 : Un médecin américain peut toujours refuser les soins et ceci sans exception
	Information/consentement	<p>Hors le cas d'urgence, tout acte médical suppose le recueil d'un consentement libre et éclairé consécutif à une information loyale, claire et appropriée :</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ L. 1111-2 CSP : Information sur les risques fréquents graves et normalement prévisibles au cours d'un entretien individuel ➤ L. 1111-4 CSP : Consentement libre et éclairé qui peut être retiré à tout moment ➤ 16-3 du Code civil (L'information a comme fondement le principe de la dignité de la personne humaine). ➤ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001 (devoir d'information ne fait pas exception au fait que le risque se réalise exceptionnellement) ➤ Cass. 28 janvier 1942, Parcelier c/ Teyssier (Information sur les risques d'un traitement comme condition de validité du consentement) <p>CE, sect. 5 janvier 2000, cts Telle et AP-HP (La seule circonstance que le risque se réalise exceptionnellement ne dispense pas le praticien de son obligation).</p>	<p>Public Health Law 2805 (2):</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Le médecin est tenu à une obligation d'information sur les risques et bénéfices des traitements proposés. ➤ <i>Canterbury v/ Spence</i>, 1972 : l'information porte sur les risques raisonnables. ➤ <i>Hogan v/ Gray</i>, 1996, information doit être adaptée au patient. ➤ <i>Schloendorff v/ Soc'y of N.Y Hosp</i>, 1986 : Le consentement à la décision médicale est un droit fondamental du patient

TITRE II

Le régime juridique commun de la responsabilité médicale pour faute en France et aux États-Unis.

195. Après avoir établi l'existence de la relation avec son médecin, la victime d'une erreur ou d'un accident médical souhaitant obtenir réparation, devra mettre en lumière l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité, conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité (Chapitre I). Ces différents éléments sont communs en droit français et en droit américain tout comme les tempéraments à l'origine de l'exonération totale ou partielle de la responsabilité (Chapitre II).

CHAPITRE I

Les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité médicale pour faute en France et aux Etats-Unis.

196. En dehors des quelques exceptions de responsabilité sans faute du médecin ou de l'établissement hospitalier, qu'il soit de droit privé ou de droit public, la responsabilité médicale est en principe fondée sur la preuve d'une faute (Section I), d'un préjudice (Section II) et d'un lien de causalité (Section III).

SECTION I.LA FAUTE UNE NOTION COMMUNE

197. En France comme aux Etats-Unis, la responsabilité du médecin ou de l'établissement de soins peut être engagée pour toute sorte de faute. Dans les deux systèmes. Les fautes peuvent aller des plus banales, même étrangères à la pratique de l'art médical, aux plus graves. La responsabilité pour faute prouvée est le premier des fondements de la mise en œuvre de la responsabilité dans les deux systèmes de droit (§1). En droit médical, la faute peut être d'ordre technique ou peut résulter d'un manquement aux devoirs d'humanisme du médecin (§2).

§1.La notion de faute en droit français et en droit américain

198. En droit français, la notion de faute peut revêtir différentes formes et varie en fonction de la nature de la responsabilité du professionnel. Le statut légal institué par la loi du 4 mars 2002 n'a pas mis fin à cette distinction. Ainsi, la faute contractuelle se distingue de la faute délictuelle et de la faute en droit public (I). En droit américain au contraire, tous types de fautes en matière de responsabilité médicale sont réunies sous une seule et même notion, le *breach of duty* (le manquement à un devoir) (II).

I. La faute : fait générateur de la responsabilité en droit français

199. Malgré l'émergence d'importantes hypothèses de responsabilité sans faute du médecin et de l'établissement hospitalier, la responsabilité médicale est par principe, fondée sur la preuve d'une faute, tant devant les juridictions judiciaires que devant les juridictions administratives. En droit privé, la solution fut posée par l'arrêt Mercier²¹¹ qui qualifiait clairement les obligations du médecin comme obligation de moyens. Cette solution constituait le droit commun de la responsabilité médicale, principe réaffirmé à de nombreuses reprises, par les juges du fond et par la Cour de cassation²¹².

²¹¹ Dr Nicolas c/ époux Mercier, Cass civ, 20 mai 1936, DP. 1936.1.88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P, S. 1937.1.321, note A. BRETON RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, n° 162, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE.

²¹² Cass. civ.1^{ère}, 27 mai 1998, D. 1999, jurispr. p. 21, note S. PORCHY-SIMON ; Cass.civ. 1^{ère}, 8 nov. 2000, Resp. civ. et assur. 2000, comm. n°375 ; JCP G 2001, 2, 10493, rapp. P. SARGOS, note F. CHABAS

200. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a tenté d'unifier ces différents régimes de responsabilité, au profit d'un régime légal. L'article L.1142-1 du code de la santé publique énonce en effet que « (...) *les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* ».

201. Cependant, cette unification n'est pas complète et laisse encore subsister ces différents régimes²¹³. En effet, si le texte réaffirme la nécessité d'une faute, il n'a en revanche apporté aucune précision sur la mise en œuvre de cette exigence. Le législateur a repris l'état du droit positif antérieur sans aucune indication supplémentaire. Dès lors, il n'existe aucune précision sur le type de faute susceptible d'engager la responsabilité du médecin, ni sur les règles permettant sa mise en œuvre.

202. En conséquence et en dépit de cette tentative, la faute civile médicale repose toujours sur le principe de la distinction entre manquement à une obligation de moyens ou de résultats, dégagée par l'arrêt Mercier de 1936, lorsque le contrat médical est établi (1). Elle peut également résulter d'un délit ou d'un quasi-délit (2) ou avoir été commise par un agent public dans l'exercice d'une mission de service public (3). Dans certains cas, le droit français exige également la preuve d'une faute caractérisée (4).

1. La faute contractuelle

203. La faute contractuelle réside dans l'inexécution ou la mauvaise exécution tant qualitative que quantitative du contrat par la partie qui s'oblige²¹⁴. Pour engager la responsabilité du médecin, la victime devra prouver l'inexécution ou la mauvaise exécution, fautive de l'obligation contractuelle dont elle était le créancier. L'ampleur de la gravité de la faute n'a en principe aucune conséquence sur l'engagement de la responsabilité du médecin²¹⁵. Dès l'instant où le comportement du praticien diffère de celui qu'aurait eu un médecin normalement diligent, sa responsabilité peut être engagée et ce, quand bien même sa faute serait simplement légère.

2. La faute délictuelle

204. Concernant la faute délictuelle, elle est celle selon Pothier « qui est commise avec l'intention de causer un dommage avec malice ou malignité, sans que celui-ci ait été envisagé dans son résultat ». Cette faute intentionnelle revêt une particulière gravité en ce qu'elle suppose, une intention de nuire. En ce sens, elle est différente de la faute quasi-délictuelle qui se définit comme une erreur de conduite de son auteur, commise sans intention malveillante, par mégarde ou méprise, qu'il était impossible d'éviter par une attention plus grande²¹⁶.

²¹³F. DREIFUSS-NETTER, « Feue la responsabilité civile contractuelle de médecin? », Resp. civ. et ass., octobre 2002, p. 4

²¹⁴C. civ. art. 1147

²¹⁵J.PENNEAU : « Faute et erreur en matière de responsabilité médicale », LGDJ, 1973, p.9.

²¹⁶P. Le TOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 1996, n° 3066

205. La victime d'un acte médical dommageable peut engager la responsabilité de son auteur sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. L'article 1382 du Code civil indique en effet que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». L'article 1383 ajoute que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou son imprudence ». Ainsi, en apportant la preuve d'une faute délictuelle ou quasi délictuelle, d'un dommage et d'un lien de causalité, la victime pourra engager la responsabilité du médecin fautif.

3. *La faute en droit public*

206. Par ailleurs, la responsabilité du médecin peut être mise en œuvre sur le fondement des règles de droit public. Ces « *règles spéciales (...) varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* »²¹⁷. La faute administrative ou de service est, en principe, seule de nature à engager la responsabilité de l'administration. Elle doit être distinguée de la faute personnelle de l'agent. La nécessité de la distinction entre ces deux fautes, s'est rapidement imposée dans la mise en œuvre de la responsabilité administrative. On a parfois tenté de cerner la faute de service, faute anonyme, objective, en l'opposant à la faute personnelle de l'agent dans laquelle existe un élément moral voire intentionnel. Pour autant, la distinction est parfois difficile puisque la faute de service peut être commise par un agent identifiable et peut dès lors revêtir les caractéristiques d'une faute personnelle au sens du droit civil. Toutefois, on devra considérer que l'agent est partie intégrante du service, que l'action de celui-ci n'est pas détachable de la mission assurée par l'administration. On relèvera enfin que la faute de service est appréciée par les juges de façon extensive, car il suffit d'un lien même ténu entre l'action fautive de l'agent et l'action de celui-ci au sein du service, pour emporter la qualification de faute de service.

207. La faute de service peut également être caractérisée par un manquement plus général, lorsque le service n'a pas fonctionné ainsi qu'il aurait dû, sans intervention d'une faute d'un agent en particulier. Une des principales originalités du système de responsabilité administrative est l'existence d'une échelle de fautes. Contrairement à ce qui prévaut en droit civil, où toute faute est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur quelque soit sa gravité, tout fait quelconque de l'administration ayant causé un dommage à autrui, n'est pas nécessairement de nature à engager sa responsabilité.

208. À compter de l'arrêt *Blanco*²¹⁸, le juge va s'attacher à assurer la réparation des préjudices causés par l'activité administrative, tout en laissant à l'administration une nécessaire liberté d'action. Le système de gradation des fautes découle de cette logique. Il en résulte que, lorsque l'activité administrative était considérée comme particulièrement délicate, la responsabilité de l'administration ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde. Toutefois, dans un contexte de responsabilisation toujours accru de l'administration, le système de la faute lourde est rapidement apparu comme trop rigide et trop réducteur.

²¹⁷T. confl., 8 févr. 1873, Blanco, D. 1873.3.20, concl. DAVID

²¹⁸Ibid.

209. Jusqu'à l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 10 avril 1992 « *époux V* »²¹⁹, l'activité médicale n'était susceptible d'engager la responsabilité de l'hôpital public qu'en cas de faute lourde. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a abandonné toute référence à la faute lourde, exigeant simplement « *une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital* »²²⁰. Par la suite, cette tendance s'est accentuée, le juge administratif ayant admis que la responsabilité de l'hôpital, du fait de l'activité du service d'aide médicalisée d'urgence, pouvait être engagée sur le fondement de la faute simple²²¹.

4. *La faute caractérisée*

210. Dans certaines hypothèses, la loi exige l'existence d'une faute caractérisée. Ainsi, les parents d'un enfant né handicapé non décelé pendant la grossesse, ne peuvent engager la responsabilité d'un professionnel de santé, que s'ils apportent la preuve d'une faute caractérisée. Il reste cependant, que la loi n'a pas défini ce qu'elle entendait par le terme « caractérisée ». On peut alors se demander si le législateur n'a pas voulu introduire une sorte de gradation des fautes, dans le droit de la responsabilité médicale, faisant de la faute caractérisée un fait dommageable d'une particulière gravité. En ce sens, la notion de faute caractérisée, se rapproche de la notion de faute lourde dégagée par la jurisprudence administrative et abandonnée par la suite²²². Un arrêt du Conseil d'Etat du 9 février 2005²²³ donne une orientation de la notion de faute caractérisée. Il considère ainsi, que constitue une faute caractérisée celle qui par son intensité et par son évidence répond à l'exigence d'une telle définition. Selon la Haute juridiction, « *il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que Mme Y. a donné naissance à un enfant affecté d'une agénésie totale de la main gauche alors que les deux examens échographiques qu'elle avait subis au Centre hospitalier Émile Y., le premier à dix-neuf semaines de grossesse, le second à trente, n'avaient révélé aucune anomalie du fœtus ; que ces échographies avaient été réalisées dans des conditions normales et que leurs résultats n'avaient ainsi pas été affectés d'une marge d'erreur inhabituelle pour ce type d'examen ; que la grossesse s'est déroulée normalement et en l'absence d'antécédents médicaux familiaux laissant suspecter une anomalie du fœtus, comme celle, très rare, qui s'est réalisée ; que la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de qualification juridique des faits en jugeant que le praticien avait commis une faute qui, par son intensité et son évidence, doit être regardée comme caractérisée au sens des dispositions précitées de la loi du 4 mars 2002, s'abstenant d'informer les parents que, bien que les échographies n'aient fait apparaître aucune anomalie, leurs résultats étaient affectés de la marge d'erreur habituelle pour ce type d'examen, laquelle est importante pour ce qui est de l'observation de l'extrémité des membres du fœtus ; que le Centre hospitalier Émile Y. est dès lors fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué* ».

²¹⁹CE. Ass., 10 avr. 1992, *Epoux V*, Rec. CE, 1992, p. 171, concl. H. LEGAL ; Dr adm. 1992, n°265 ; AJDA 1992, p. 335, concl. H. LEGAL ; RFDA. 1992, p. 571, concl. H. LEGAL ; JCPG, 1992, 2, 21881, note J. MOREAU ; Petites affiches 1992, n°80, p. 23, note HAIM ; Rev. Adm. 1993, p. 561, note P. FRAISSEX ; D. 1993, somm. p. 146, comm. BON et TERNEYRE ; GAJA, n° 119, p. 765

²²⁰Ibid.

²²¹CE, 20 juin 1997, *Theux*, Rec. CE, p. 254 ; RFDA 1998, p. 82, concl. J.-H. STHAL ; Dr. adm. 1997, comm. n°358, obs. Cl. ESPER

²²²C.ROUGE-MAILLART, N. JOUSSET, A. GAUDIN, J. PENNEAU « Loi anti Perruche : suite et...suite », J. Gyn. Obst et biol., 2006, n°2, vol. 35, pp. 163-168

²²³CE, 9 fév. 2005, *CH Emile Roux du Puy en Velay*, n° 255990. Pour une analyse similaire en droit privé, voire C. Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2013, n° 12-14.020 ; RDSS n° 52, mars 2013, p. 177, n° 8, note P. ROBERTIERE ; D., 2013, p. 244, Actualités, obs. I. GALLEMEISTER ; D., 2013, p. 598, obs. I. DARRET-COURGEON ; D., 2013, p. 681, « Émergence d'une définition de la faute caractérisée dans le contentieux des préjudices liés à la naissance d'un enfant handicapé », note S. PORCHY-SIMON.

211. Au vu de l'appréciation du Conseil d'Etat, la faute caractérisée est une attitude non conforme aux règles de l'art certaine et non contestable, qui doit être motivée par les juges du fond. Cette appréciation fut également celle du Conseil Constitutionnel, le 11 juin 2010, lorsqu'il fut saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'article L. 145 du code de l'action sociale et des familles, à la Constitution²²⁴. Il a en effet considéré, que la nécessité d'une faute caractérisée, exclut que cette faute puisse être présumée ou déduite de simples présomptions, et se justifie par l'état des connaissances et des techniques, ainsi que par les difficultés inhérentes au diagnostic anténatal.

212. En droit américain, la faute de nature à engager la responsabilité d'un médecin est qualifiée dès lors qu'un manquement à une obligation est caractérisée : il s'agit du *breach of duty*.

II. La faute en droit américain: the « *breach of duty* »

213. Le « *breach* » (1) est constituée dès lors que le médecin américain a failli à ses obligations. Il est plus précis que le droit français dans la mesure où il distingue différents niveaux d'obligations à la charge du professionnel de santé. Il est ainsi soumis à des obligations d'ordre général, proches de l'obligation de prudence et de diligence du droit français, ou spécifique appréciées au regard d'un standard de soins (2).

1. La notion de « *breach of duty* »

214. Le *breach of duty* signifie littéralement *le manquement à un devoir*. Par cette traduction, on comprend immédiatement que la mise en œuvre de la responsabilité aux Etats-Unis, repose sur la caractérisation d'un « *manquement* », c'est-à-dire d'une faute. La faute se définit en droit médical américain comme en droit français, en un éloignement des gestes ou des connaissances du praticien par rapport à un standard de soins. *The law of torts* qui régit la mise en œuvre de la responsabilité civile en *common law*, exige que soit démontré l'existence d'un manquement à une obligation préexistante *breach of duty*, un dommage, *injury* et un lien de causalité *causation* entre les deux. Pour mettre en œuvre la responsabilité du médecin, la victime doit apporter la preuve que celui-ci n'a pas respecté un ensemble d'obligations préexistantes c'est à dire ses « *duties* ». Le manquement aux « *duties* »²²⁵ doit être établi par la victime en deux étapes. Elle doit d'abord prouver que le médecin était effectivement redevable d'une obligation, et ensuite démontrer que cette obligation n'a pas été respectée.

²²⁴Cons. const. n°2010-1 QPC, 28 mai 2010, Consorts L

²²⁵Les *duties* sont les engagements du médecin issus de la convention qu'il a passé avec son patient. Ces différentes obligations ont été développées dans le Chapitre Premier de cette même partie. Ainsi, le droit américain regroupe trois types d'obligations : les *general obligations* qui pourraient s'apparenter aux obligations de moyens connus en droit français, les *specific obligations* qui sont directement liées à la spécificité de l'activité médicale pratiquée, et le *standard of care* que l'on peut rapprocher des bonnes pratiques médicales en droit français.

215. En droit américain, l'évaluation de la faute s'apprécie au regard des faits. Il est acquis en contentieux, qu'il n'est pas difficile de démontrer l'existence d'un devoir à la charge du médecin, dès l'instant où la relation médicale a été établie. La difficulté réside dans la démonstration du contenu de cette obligation. Cet aspect doit être apprécié au regard d'un standard de soins. Pour autant, il peut arriver que certaines fautes qui ne présentent aucune particularité, engagent la responsabilité d'un professionnel. Il s'agit des fautes d'imprudence banales, étrangères à l'art médical. C'est le cas, par exemple, du médecin remettant une boîte de médicaments périmés à un patient²²⁶. On appelle ce type de faute *Common sense*,²²⁷ car elle n'est attachée à aucune connaissance scientifique particulière. Dans ce cas, les juges et jurés peuvent juger en fonction de leurs propres connaissances et intuitions personnelles. La Cour fédérale du Texas a ainsi pu juger en 2001, que l'intervention d'un expert n'était pas nécessaire pour avoir à connaître de la faute d'une infirmière qui n'avait pas dormi sur son lieu de travail, alors que son contrat l'imposait²²⁸.

2. *La faute en tant que manquement aux obligations de soins (duty of care)*

216. Aux Etats-Unis, le médecin a toujours la possibilité de ne pas s'impliquer dans la relation, il peut toujours refuser de soigner le patient qui se présente à lui. Il n'a jamais l'obligation de soigner. Ce principe découle de l'arrêt HURLEY v/ EDDIGFIELD de 1901²²⁹. Cependant, une fois que celui-ci a accepté de prendre en charge le patient, il est tenu à certaines obligations. En cas de manquements, sa responsabilité pourra être engagée.

217. Cette analyse est très proche de la responsabilité du médecin français. L'article L. 1110-5 du code de la santé publique énonce en effet que « *Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées* ». Ainsi, le médecin qui n'aurait pas porté envers son patient toutes les attentions proches de celles exercées par un bon père de famille ou qui aurait manqué à une obligation découlant de leur relation, peut voir sa responsabilité engagée.

218. Le médecin américain, tout comme le médecin français, est tenu à des devoirs professionnels envers son patient²³⁰, classés par la jurisprudence en différentes catégories. Le droit américain fait en effet la distinction entre les obligations générales à la charge du médecin (*general obligations*), les obligations plus spécifiques (*specific obligations*), et le standard de soins (*standards of care*). Hormis le manquement aux obligations générales, seul le manquement à un standard de soins, peut permettre à un plaignant d'engager la responsabilité du médecin. Le manquement aux obligations spécifiques ne pourra qu'étayer l'argumentation principale.

²²⁶Cass, civ 2^{ème}, 30 juin 1976, JCPG 1979, 2, 19038

²²⁷Faute liée à la notion de bon sens

²²⁸Etats-Unis, St. Pauk Med. Ctr. v/ Cecil, 1992, 842 S.W.2d 808 (Tex. Ct. App).

²²⁹Etats-Unis, Hurley v/ Eddigfiel, 1901, 156 Ind, 59 NE, 1058

²³⁰Etats-Unis, Findlay v/ Board of Sup'rs of County of Mohave, 1951, 72 Ariz 58, 230 P 2d 526, n° 5328 : « The relation of physician and patient is created when the professional services of a physician are accepted for a purpose of medical or surgical treatment, the relation being a contractual one, wherein patient knowingly seeks assistance of a physician and physician knowingly accepts him as a patient »

219. Les obligations générales du médecin sont celles relatives à sa compétence. Afin de pouvoir exercer, donner des conseils et prodiguer des soins, le médecin doit avant tout en avoir les compétences, acquises par un diplôme de Docteur en médecine. Cette première distinction est la plus simple et la plus évidente (a). La distinction entre les obligations spécifiques et le standard de soins est beaucoup moins facile à établir. En théorie, en effet, le standard de soins est une règle de médecine professionnelle à valeur légale (b) tandis que les obligations spécifiques sont des règles à caractère jurisprudentiel (c)²³¹. Il faut donc bien distinguer les règles issues des bonnes pratiques médicales de celles à caractère jurisprudentiel. Le raisonnement qui sera toujours suivi pour engager la responsabilité d'un médecin consistera d'abord à analyser ses obligations générales puis ensuite ses obligations plus spécifiques.

a) Les obligations générales du médecin

220. Le médecin américain doit respecter deux sortes d'obligations générales. Il doit disposer du savoir et de la compétence pour soigner ses patients, mais aussi prodiguer les soins adéquats en faisant preuve d'une particulière diligence²³². Cependant, il n'est pas requis que le médecin doit disposer de compétences « extraordinaires », *extraordinary Learning*, qui lui permettrait de guérir le malade. Il doit simplement disposer des compétences que n'importe quel médecin, ayant la même spécialité et se trouvant dans la même situation, doit avoir. Il doit donc disposer, dans sa spécialité, de toutes les compétences qu'un patient ordinaire est en droit d'attendre de lui²³³. Cette définition de l'obligation générale à la charge du médecin est à rapprocher de l'obligation de moyens, imaginée par DEMOGUE²³⁴ en droit français, dans laquelle le praticien ne promet pas un résultat, mais promet simplement de mettre en œuvre tous les moyens que mettrait en œuvre un bon père de famille, ou un professionnel consciencieux pour tenter d'atteindre un résultat. On parle également à ce sujet, d'une obligation de prudence et de diligence.

221. Ainsi, le droit français et le droit américain se rapprochent en ce qu'ils définissent l'obligation du médecin comme une obligation de moyens et non de résultats.²³⁵ Le médecin ne peut en effet être tenu de guérir le malade. Lorsque le droit américain exige une certaine compétence du médecin, sans exiger que celle-ci soit parfaite, il lui demande de tout mettre en œuvre afin que son patient bénéficie des meilleurs soins possibles²³⁶. De même, le droit américain n'exige pas du médecin qu'il dispose de compétences « extraordinaires ». Il bannit toute obligation de résultat à la charge du professionnel. Celui-ci n'est pas tenu de guérir le malade, mais simplement de fournir ses meilleurs efforts.

²³¹Etats-Unis, T.A. MOORE, *American law of medical malpractice, the basis in law*, 2003, chapter 2, §2, Westlaw

²³²Etats-Unis, *Prooth v/ Walsh*, 1980, 105 Misc.2D 603, 605 (Sup.Ct.)

²³³Ibid.

²³⁴R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, 1925, Rousseau, t.5, n°. 1237

²³⁵Etats-Unis, *Pike v/ Honsinger* (1898) 155 N.Y 201, 209-210, 49 N.E. 760, 762

²³⁶Etats-Unis, T.A. MOORE, *American law of medical malpractice, the basis in law*, 2003, chapter 2, §2, Westlaw.
« The phisician must be attentive to the patient and use his learning and skill to the patient's advantage »

222. Bien que la distinction stricte entre obligation de moyens et de résultats n'existe pas théoriquement en droit de la responsabilité médicale aux Etats-Unis elle existe dans les faits. Certains auteurs américains ont d'ailleurs pu écrire à ce sujet que si les tribunaux avaient traité les cas de responsabilité médicale sous un régime contractuel, le médecin n'aurait été tenu qu'à l'exercice des soins raisonnables, découlant implicitement de ce contrat²³⁷. En s'éloignant de la nature contractuelle de la responsabilité médicale, le droit américain a donc fait le choix de ne pas qualifier les obligations à la charge du médecin. Cependant, si on ne connaît pas la nature de cette obligation, la jurisprudence américaine est tout de même venue affirmer le principe selon lequel « le médecin n'est pas le garant de son travail »²³⁸. Les obligations à la charge du professionnel sont donc, en fait, de moyens.

En plus de ces obligations générales liées à sa compétence professionnelle, le médecin doit respecter certaines obligations particulières à caractère jurisprudentiel.

b) Les obligations plus spécifiques

223. Les obligations spécifiques sont dégagées au cas par cas, par les juges. En effet, pour trancher les litiges, ces derniers doivent se reporter aux règles de la spécialité du médecin poursuivi, afin d'évaluer si la responsabilité de celui-ci doit être mise en cause. Thomas A. Moore²³⁹, dresse une liste non exhaustive de ces obligations. Il existe selon lui plusieurs étapes dans la relation médecin-patient qui sont à l'origine de différentes obligations :

-la phase de communication entre le médecin et son patient

Durant cette phase, le médecin a l'obligation de notifier au patient ou à sa famille, les résultats des analyses médicales et le traitement qui en découle, écouter et favoriser le dialogue²⁴⁰.

-l'administration du traitement en temps et en heure

Le médecin doit faire admettre son patient en établissement de santé, dans un délai raisonnable compte tenu des soins dont il doit bénéficier et ordonner le début du traitement, dès que cela est possible. Si une intervention chirurgicale est nécessaire, celle-ci doit également intervenir, dès que le patient en a besoin²⁴¹.

-l'administration du traitement approprié

Le patient doit pouvoir bénéficier des meilleurs remèdes existant sur le marché. L'acte chirurgical ne doit d'ailleurs pas être systématiquement préconisé, si la pathologie peut se traiter par d'autres moyens²⁴².

²³⁷Etats-Unis, C. THOMAS. Jr GALLIGAN, Contortions along the boundary between contracts and torts, Tulane Law Review. Vol. 69. n°2, 1994, p 476.

²³⁸Etats-Unis, Pike v/ Honsinger (1898) 155 N.Y 201, 209-2010, 49 N.E. 760, 762

²³⁹Etats-Unis, T.A. MOORE, *American law of medical malpractice, the basis in law*, 2003, chapter 2, §2, Westlaw

²⁴⁰Etats-Unis, Sciascia v/ Nevins, 1987, 130 A.D.2d 649, 650 (2d Dep't 1987) ; Schneider v/ Mem'l Hospital, 1984, 100 A.D. 2d 583, 584 (2d Dep't 1984)

²⁴¹Etats-Unis, Kavanaugh v/ Nussbaum, 1988, 71 N.Y 2d 535, 543-54 (1988)

²⁴²Etats-Unis, McDougald v/ GARBER, 73 N.Y 2d 246 (1989)

-la phase chirurgicale

Le médecin doit être capable de prodiguer des soins chirurgicaux de manière attentive en accord avec le standard de soins recommandé. Cela implique de ne pas laisser de corps étranger dans le corps du patient. Par ailleurs, le médecin doit être capable de fournir des recommandations post-opératoires et d'administrer un traitement approprié²⁴³.

-l'intervention d'autres médecins dans le processus de soins

Le médecin qui n'aurait pas les compétences pour soigner un patient ou qui aurait des doutes sur l'administration d'un traitement, doit faire appel à un autre médecin spécialiste qui dispose de toutes les compétences pour traiter le malade. En aucun cas il ne doit abandonner son patient²⁴⁴.

-la fin du traitement

Un patient qui ne supporterait pas un traitement administré par son médecin, doit y mettre fin dans les plus brefs délais. Par ailleurs, un médecin ne peut laisser son patient sans surveillance médicale que lorsqu'il s'est assuré que le traitement était bien approprié²⁴⁵.

224. Le médecin américain est tenu de respecter l'ensemble de ses obligations professionnelles lors de ces différentes étapes de la relation de soins. Il est au surplus tenu de respecter les standards de soins propres à sa profession.

c) Les règles relatives aux standards de soins

225. En droit américain, le médecin qui ne respecterait pas les standards de soins relatifs à sa profession commet un *breach*²⁴⁶ susceptible d'engager sa responsabilité professionnelle. Les règles de standards de soins sont celles relatives aux bonnes pratiques médicales, à l'aide desquelles un jury populaire est capable de juger les capacités d'un professionnel. Pour cela et en cas de conflit, l'avocat de la défense devra nécessairement établir quelles étaient les règles de bonnes pratiques qui auraient dû être appliquées.

226. Ces recommandations de bonnes pratiques sont formulées par l'administration publique, mais aussi par des organismes privés²⁴⁷. Les administrations des différents Etats ont pour rôle de réglementer directement le contenu de ces recommandations par l'élaboration de différents statuts propres à chaque profession médicale, par l'édition de règlements administratifs. Ainsi, les différents ministères de la santé sont autorisés à formuler des règles relatives aux professions médicales, par exemple, par un acte de 1977, l'Etat de New York a réglementé le statut des médecins généralistes et des infirmières²⁴⁸.

²⁴³Etats-Unis, *Markey v/ Eiseman*, 114 A.D. 2d 887 (2d Dep't 1985) ; *Monahan*, 82 A.D.2d at 202

²⁴⁴Etats-Unis, *Benson v/ Dean*, 232 N.Y.2d, 58, (1921) ; *Weintin v/ Daman*, 132 A.D.2d 547, 550 (2D Dep't 1987)

²⁴⁵Etats-Unis, *Eisele v/ Malone*, 2 A.D.2d 550 (1st Dep't 1982); *Bell v/ Honsinger*, 155 N.Y.201, 210-1898)

²⁴⁶*Breach* signifie que le médecin s'est éloigné ou n'a pas respecté les bonnes pratiques médicales énoncées. Il ne s'est pas conduit en homme diligent ce qui lui vaut l'engagement de sa responsabilité

²⁴⁷Etats-Unis, K. GUDGELL, « Access to medical records », *Legal nurse consulting : Principles and practice*, J. BREWER BOGART, 1998, N.Y. CRC Press, p. 121-131

²⁴⁸Etats-Unis, New-York Education law, § 6509, 6527 ; New-York. Public Health law §230

227. Parallèlement, des règles de bonnes pratiques médicales sont également formulées par des organismes privés. La question est alors de savoir, pourquoi la compétence permettant de définir ces règles de bonnes pratiques médicales est ainsi partagée. Les contingences et le fonctionnement des hôpitaux publics et privés n'étant pas nécessairement les mêmes, il apparaît logiques que chacun puisse édicter ses propres standards de soins qui dans la pratique ne sont pas fondamentalement différents. D'ailleurs différents organismes établissent des synthèses de ces standards. Ainsi, le J.C.A.H.O²⁴⁹ (*Joint Commission on the Accreditation of Health Care Organization*), organisation privée fondée en 1952, à but non lucratif, a pour mission de garantir un niveau minimum de qualité du système de santé. Pour se faire, l'organisation publie chaque année plusieurs manuels de recommandations selon différents domaines de santé²⁵⁰. De même, l'A.B.M.S²⁵¹ (*American Board of Medical Specialties*), organisation regroupant plusieurs spécialités médicales, édite des recommandations en fonctions des différentes spécialités. Cependant, le fait pour un médecin de ne pas faire partie d'une association, ne signifie pas qu'il n'est pas reconnu en tant que spécialiste. C'est son diplôme universitaire qui le détermine²⁵².

228. Ces organisations ne déterminent pas la spécialité du médecin, elles ont simplement pour rôle de publier les standards de soins les plus actualisés possible au regard de l'évolution des pratiques médicales. Une fois ces règles édictées, il appartiendra au médecin expert, au cours d'un procès, de vérifier si les actes exercés par un médecin en cause, ont été en conformité avec le standard de soins²⁵³. Il faut cependant préciser que ces règles édictées par ces institutions spécialisées ne lient ni l'expert ni le juge, dans la mesure où ce ne sont que de simples recommandations. Elles ne sont en aucun cas obligatoires même si en pratique, ces règles atteignent un tel niveau de précision qu'elles constituent une preuve évidente de ce que la profession médicale accepte en tant que bonne pratique.

229. Ces recommandations des bonnes pratiques médicales sont également présentes dans le droit français. La faute du médecin sera aussi appréciée par rapport à un standard de soins. L'article 11 du Code de déontologie institue en effet, un devoir d'entretien des connaissances scientifiques et de perfection à la charge des médecins. D'autre part, le code de la santé publique en ses articles L.1110-1 et L.1110-5 reconnaît le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapies dont l'efficacité est reconnue²⁵⁴.

²⁴⁹Etats-Unis, The joint commission, <http://www.jointcommission.org/>, consulté le 22 mars 2010

²⁵⁰Etats-Unis, K. GUDGELL, « Access to medical records », *Legal nurse consulting : Principles and practice*, J. BREWER BOGART, 1998, N.Y. CRC Press, p. 121-131

²⁵¹Etats-Unis, American board of medical specialties, <https://www.abms.org/>, consulté le 22/03/2010

²⁵²Etats-Unis, F. McCELLAN, *Medical Malpractice, Law, Tactics and Ethics* (Philadelphia : Temple Univ. Press, 1994, p.. 57

²⁵³Ibid.

²⁵⁴C. santé publ., art. L. 1110-5

230. Le droit français et le droit américain font une place très importante aux obligations du médecin dans la relation qui l'unit à son patient. Ils sont tous deux soumis à une *general obligation*²⁵⁵, selon l'expression du droit américain, ou à une obligation de moyens²⁵⁶, selon la formule employée en droit français, qui soumet le professionnel de santé à une prudence et à une diligence particulière.

231. Il existe cependant une différence de taille entre les deux législations concernant la mise en œuvre de la responsabilité du médecin du fait du non-respect de ces obligations. En droit français en effet, le médecin qui contreviendrait à la bonne marche du contrat de soins est soumis, bien qu'elle soit critiquable en principe, à une responsabilité contractuelle. En droit américain au contraire, cette relation consensuelle peut tout à fait être à l'origine d'une responsabilité de nature délictuelle, dont les règles obéissent à la loi des *torts*.

§2.La typologie des fautes en droit français et américain

232. Le droit américain comme le droit français prend en compte une typologie particulière de fautes : les fautes techniques et les fautes d'humanisme. Les fautes techniques consistent en une méconnaissance par le médecin des règles scientifiques régissant son art (I). Les fautes d'humanisme résultent de la méconnaissance par le médecin des principes éthiques et déontologiques régissant ses rapports avec le patient (II). Les premières, mais particulièrement les secondes doivent le plus souvent être mises en évidence au travers d'une expertise (III).

I. La responsabilité du médecin fondée sur la faute technique

233. La faute technique résulte de situations où le professionnel de santé n'a pas su respecter les règles de l'art qui s'imposaient à lui. La jurisprudence impose qu'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* ». ²⁵⁷ En France comme aux Etats-Unis, la faute technique est appréciée de manière « *in abstracto* ». Pour apprécier la faute du médecin ou de l'établissement de soins, les juges doivent définir, si ces derniers ont eu un comportement similaire à celui qu'aurait eu un professionnel de diligence moyenne dans la même situation. La notion de faute technique, qui peut revêtir différentes formes (1), est appréciée relativement à un standard de soins, tant en France qu'aux Etats-Unis (2).

²⁵⁵ Le médecin américain doit prodiguer des soins adéquats et faire preuve d'une particulière diligence

²⁵⁶ Dr Nicolas c/ époux Mercier, Cass civ, 20 mai 1936, DP. 1936.1.88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P, S. 1937.1.321, note A. BRETON RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, n° 162, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE.

²⁵⁷ Cass.civ. 1^{ère}, 8 nov. 2000, Resp. civ. et assur. 2000, comm. n°375 ; JCP G 2001, 2, 10493, rapp. P. SARGOS, note F. CHABAS ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2001, Bull. civ. 2001, I, n° 86, p. 56, pourvoi n° 99-13 471

1. Les principales fautes techniques

234. Indépendamment des données propres à chaque spécialité médicale, les fautes scientifiques sont susceptibles d'intervenir à plusieurs niveaux. Peuvent ainsi être à l'origine de la responsabilité du médecin, les fautes de diagnostic (a), les fautes dans le choix du traitement (b), les fautes dans la réalisation de l'acte médical (c) et enfin les fautes de surveillance (d).

a) La faute technique dans l'établissement d'un diagnostic.

235. Le diagnostic se définit comme « l'acte par lequel un médecin, groupant les symptômes morbides qu'offre un malade, les rattache à une maladie ayant sa place dans le cadre *nosologique* »²⁵⁸. Quatre étapes sont déterminantes dans l'établissement du diagnostic :

- faire une liste des symptômes présentés par le patient,
- les classer selon une hiérarchie
- rechercher l'ensemble des diagnostics susceptibles de correspondre à ces symptômes
- enfin, il faut choisir le diagnostic retenu.

236. Cependant, les progrès de la science ont permis le développement d'une médecine prédictive qui est capable de déterminer les maladies qu'un individu est susceptible de développer. Dans ces conditions, une définition plus large du diagnostic peut être retenue : il s'agit de l'acte par lequel un médecin identifie une maladie déclarée ou établie et les risques de la survenance d'une maladie à venir en fonction des prédispositions du patient²⁵⁹.

237. Ainsi, c'est d'abord au stade du diagnostic que la faute médicale peut être identifiée, puisqu'elle a lieu chaque fois que le professionnel de santé ne respecte pas les données acquises de la science à la date des soins²⁶⁰. Dès lors, une interprétation erronée des symptômes observés au regard des données acquises de la science²⁶¹ ou le retard dans l'établissement d'un diagnostic ou dans la prescription d'examens complémentaires est de nature à engager la responsabilité du médecin fautif²⁶².

²⁵⁸Dictionnaire des termes techniques de médecine, Maloine, 20^{ème} édition

²⁵⁹Jurisqueuse, Responsabilité pour faute technique médicale, lexisnexis, Fasc. 440-40, n°12

²⁶⁰Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, « La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », La documentation française, p. 230 n° 2.1.1.1.1.2.1.

²⁶¹Cass. civ. 1^{ère}, 8 juil. 1980, Bull. 1980, I, p. 210

²⁶²Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, Bull. 1996, I, n°156, p. 109 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1998, I, n°225, p. 155 : En l'espèce, un pédiatre avait commis une négligence en s'abstenant de vérifier le résultat d'un test de Ghuthie et de reporter ce dernier, positif, sur le carnet de santé de l'enfant. L'absence de cette erreur aurait cependant permis de diagnostiquer la maladie plus tôt chez l'enfant.

b) La faute technique dans le choix du traitement médical.

238. En principe, le médecin jouit d'une grande liberté dans le choix du traitement de son patient. A cet effet, il peut très bien prescrire un médicament de sa propre composition qui n'existe pas sur le marché. La liberté de prescription est un principe essentiel applicable à la médecine libérale et hospitalière²⁶³. Si certains auteurs comme G. Memeteau estime que cette valeur « *est celle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au sens que le Conseil constitutionnel accorde à cette expression* », la jurisprudence range ce principe, dans la catégorie des Principes généraux du droit²⁶⁴.

239. Pour autant, les juges pourront facilement retenir la responsabilité du médecin si celui-ci ne fait pas des choix conformes aux données acquises de la science et qu'ils conduisent à exposer le patient à des risques sans justification thérapeutique. Le choix du traitement est également fautif, si le praticien ne dispose pas de qualification spéciale pour l'acte qu'il pratique²⁶⁵.

240. La faute peut également consister en un mauvais choix des prescriptions médicamenteuses ou en une prescription d'un médicament qui n'a pas fait l'objet d'autorisation de mise sur le marché. En effet, cette prescription qui se situe hors de l'autorisation de mise sur le marché, c'est à dire en dehors des règles fixées par les pouvoirs publics et par un collège de spécialistes, est susceptible d'engager la responsabilité d'un professionnel de santé²⁶⁶.

c) La faute technique dans la réalisation d'un acte médical.

241. Les illustrations en la matière sont nombreuses. Il en va ainsi lorsque le médecin se trompe sur l'objet de l'intervention projetée. Le cas du médecin orthopédiste qui opère une jambe saine au lieu du membre malade est malheureusement fréquent. Il en est de même de la faute résultant de la mauvaise position du patient pendant l'exécution de l'acte médical (une immobilisation du patient pendant plusieurs heures risque de comprimer les nerfs et ainsi entraîner des séquelles irréversibles). La mauvaise maîtrise de l'acte est donc de nature à engager la responsabilité du médecin²⁶⁷. En matière de maladresse chirurgicale, la Cour de cassation opte pour une exigence renforcée du geste²⁶⁸. La Cour impose ainsi aux juges du fond une extrême rigueur dans l'appréciation du geste chirurgical qui doit être accompli de manière quasi parfaite²⁶⁹. Enfin, l'oubli d'un objet dans le corps du patient fait également partie des moyens susceptibles d'engager la responsabilité du praticien ou de l'établissement pour lequel il travaille.

²⁶³ CSS, art. L.612-2, C. santé publ. art. L. 4141-2, C. Déont. Méd, art. 8

²⁶⁴ CE, 18 fév. 1998, RFDA. 1999, p ; 47, note M. JOYAU ; CE 14 avril. 1999, Dr soc. 1999, p 600, comm. D. TRUCHET

²⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1976, Bull. 1976, I, n°258. En l'espèce, un gynécologue avait pratiqué une hystérectomie sans avoir la qualification spéciale requise.

²⁶⁶ A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU « Droit de la santé », 2^{ème} édition, PUF, n°411

²⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 avril 2002, I, n°114, p. 87, pourvoi n° 00-21 014 ; R.T.D.civ. Juillet-Septembre 2002, n°3 p. 516-519 note P. JOURDAIN

²⁶⁸ P. SARGOS, L'exigence de précision du geste en matière d'intervention médicale ou de chirurgie dentaire, Médecin et Droit 2000, n°43, p 10

²⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 21 fév. 2006, pourvoi n° 04-20 685

d) La faute technique pour défaut de surveillance.

242. La faute de surveillance trouve à s'appliquer dans le domaine de la surveillance post-opératoire où la responsabilité *in solidum*²⁷⁰ du chirurgien et de l'anesthésiste, peuvent être engagées. Il s'agit dans ce cas, d'un manquement fautif dans le suivi des soins susceptible de donner lieu à des poursuites pénales pour homicide involontaire²⁷¹. Il est également possible de rechercher la responsabilité de l'établissement de soins, pour défaut d'organisation du service. C'est le cas, lorsqu'un médecin intervient tardivement pour répondre à une difficulté survenue lors d'un accouchement²⁷². C'est également le cas en matière psychiatrique, lorsque l'établissement qui accueille le malade faillit à son obligation de surveillance²⁷³.

2. Une appréciation de la faute technique similaire en France et aux Etats-Unis

243. En France, la faute technique est appréciée au regard des données acquises de la science (a). Aux Etats-Unis, elle est appréciée au regard d'un standard de soins de qualité (b). Si ces deux références semblent différentes, elles recouvrent en réalité le même contenu.

a) Une faute technique appréciée au regard des données acquises de la science en droit français

244. En France, la faute médicale technique est toujours caractérisée lorsque le médecin n'a pas donné des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. Cette solution pérenne²⁷⁴, a été consacrée par le célèbre arrêt Mercier de 1936²⁷⁵. La faute est caractérisée lorsque le comportement du professionnel n'était pas celui qu'était en droit d'attendre le patient, c'est-à-dire le comportement d'un médecin diligent qui aurait agi dans les mêmes circonstances. Le médecin français n'est tenu en principe, qu'à une obligation de moyens²⁷⁶. Il doit en effet soigner son patient et non nécessairement le guérir. On attend du médecin qu'il fasse ses meilleurs efforts pour tenter la guérison c'est-à-dire, qu'il fasse preuve de toutes diligences pour soigner son patient. En conséquence, c'est sur le patient que pèse la charge de la preuve qui ne peut se contenter d'établir l'absence de guérison pour engager la responsabilité du praticien.

²⁷⁰Cass, ass plen, 30 mai 1986. D. 1987. jurispr. P 109, note J. PENNEAU ; CA Montpellier, 22 mars 1997. RDSS 1997, p 94

²⁷¹Cass. crim. 13 fév. 2007, Bull. crim. 2007, n°44, p. 261, pourvoi n°06-82 202

²⁷²Cass. civ. 1ère, 15 déc. 1999, Bull. 1999, I, n° 351, p. 225, pourvoi n°97-22 652

²⁷³F. CHABAS « Remarques sur la responsabilité des médecins psychiatres et des cliniques psychiatriques en droit privé », Gaz. Pal. 1980, 2, doct. p 46

²⁷⁴Après certains arrêts semblant se référer d'avantage aux données actuelles qu'aux données acquises de la science, la Cour de cassation confirme son attachement à la notion de données acquises c'est-à-dire aux données « de la science à la date des soins »- Cass, civ 1ère, 6 juin 2000 : Resp. Civ et assur. 2000, comm. n° 383

²⁷⁵Dr Nicolas c/ époux Mercier, Cass civ, 20 mai 1936, DP. 1936.1.88, concl MATTER, rapp JOSSERAND, note E.P, S. 1937.1.321, note A. BRETON RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC, n° 162, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE.

²⁷⁶A l'obligation de moyens du médecin s'oppose l'obligation de résultat dont l'objet est de promettre au débiteur de l'obligation, un résultat déterminé et précis. Cette hypothèse est bien évidemment exclue en droit médical, la médecine étant une science inexacte

245. Se pose alors une question : comment établir le manquement à une obligation de moyens du praticien c'est-à-dire la faute? L'article 32 du Code de déontologie, inséré dans l'article R 4127-32 du code de déontologie médicale dispose en effet que le médecin doit donner à son patient « *des soins (...) conformes aux données acquises de la science* ». Cette référence permet d'exiger de l'acte médical qu'il soit conforme aux règles scientifiques de la profession aux moments des faits. Pour apprécier ces connaissances, les juges sont éclairés aux moyens d'articles, de conférences ou de différents écrits de spécialistes, mais aussi des usages professionnels²⁷⁷ qui se distinguent de la pratique par leur constance²⁷⁸.

246. L'usage professionnel peut être un usage de fait, une méthode habituellement suivie en pratique, mais aussi un usage du droit qui s'impose aux professionnels ayant acquis pleine valeur juridique du fait de sa conformité aux données acquises de la science. La multiplicité des usages rend parfois difficile leur accessibilité. Ainsi, dans un souci de clarification, la Haute Autorité de Santé (HAS), avec la collaboration du corps médical et des organismes d'assurance maladie, a élaboré des références médicales opposables (RMO) qui permettent d'identifier, d'une part, les soins ou prescriptions médicalement inutiles ou dangereux et d'autre part, les bonnes pratiques²⁷⁹.

247. Le rapprochement entre ces normes et les données acquises de la science résultant de l'arrêt Mercier de 1936 est sujet à discussion doctrinale. Ainsi, le professeur J. Penneau estime que les références médicales opposables, reflet des bonnes pratiques médicales ne sont pas forcément à jour des dernières techniques et surtout qu'elles ne tiennent pas compte des particularités de chaque patient²⁸⁰. Les assimiler aux données acquises de la science, reviendrait donc à établir un flou juridique et technique qui conduirait le juge à s'appuyer sur des données sans aucune valeur justifiée. Par ailleurs, les magistrats ne doivent pas, selon le professeur G. Memeteau²⁸¹, choisir les techniques médicales applicables parmi les nombreux conflits d'école qui existent. Ce n'est en effet pas le rôle des juges de dire la science.

248. Dans le sillon de ces critiques, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 juin 2000²⁸², reconnaît le caractère insuffisant de ces recommandations. En l'espèce, la Haute cour de justice affirme que les considérations financières ne peuvent autoriser un praticien à dispenser des soins, non conformes aux données acquises de la science. Le seul fait pour un médecin d'avoir respecté les références médicales opposables ne saurait lui permettre d'échapper à toute responsabilité, si les circonstances de l'espèce exigeaient que des précautions particulières, non prévues par les RMO, soient prises en compte au regard de la situation particulière du patient.

²⁷⁷ Lexique des Termes juridiques, D. 11ème édition. « En droit civil l'usage est considéré comme une règle coutumière spéciale à une profession que les personnes suivent habituellement dans leurs actes quotidiens. En ce sens, l'usage se rapproche de la coutume, règle qui n'est pas édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics, mais qui est issue d'un usage général et prolongé (repetitio) et de la croyance en l'existence d'une sanction à l'observation de cet usage (opinio necessitatis). Elle constitue une source de droit à condition de ne pas aller à l'encontre d'une loi ».

²⁷⁸ J. GHESTIN, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit, rapport général », Travaux de l'association H. CAPITANT, 1938, Genève

²⁷⁹ H. ALLEMAND, M.F JOURDAN, « Sécurité sociale et références médicales opposables », Rev. Méd. Ass. Maladie, n° 3, juillet-septembre 2000

²⁸⁰ J. PENNEAU, « Recommandations professionnelles et responsabilité médicale ». Actualités Jurisanté, 1997/10, n° 19, p 13 et s.

²⁸¹ G. MEMETEAU, *Cours de droit médical*, Les études Hospitalières, 3ème édition, n° 622

²⁸² Cass, civ. 1^{ère}, 19 déc. 2000, D. 2001, comm. 3082, obs. J. PENNEAU

249. A la différence de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat semble porter une attention particulière aux recommandations de la Haute Autorité de Santé. En effet, la Haute juridiction de l'ordre administratif s'est appuyée sur ces recommandations, afin de rejeter une requête déposée par un médecin gynécologue qui avait été condamné par la section des Assurances Sociales du Conseil National de l'Ordre des Médecins à quatre mois d'interdiction de prodiguer des soins aux assurés sociaux, dont un mois avec le bénéfice du sursis²⁸³.

250. A cet effet, le Conseil d'Etat énonce que « La section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins a pu, sans commettre d'erreur de droit, estimer que M. X n'avait pas tenu compte pour dispenser ses soins à ses patients des données acquises de la science, telles qu'elles résultent notamment des recommandations de bonnes pratiques élaborées par l'agence nationale pour le développement de l'évaluation en médecine puis par l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, en s'abstenant de prescrire le dépistage systématique du cancer du col utérin chez ses patientes âgées de 25 à 65 ans et le renouvellement tous les trois ans de cet examen »

251. Ainsi, la position du Conseil d'Etat, sur la valeur juridique des bonnes pratiques médicales, est tout autre que celle de la Cour de cassation, puisque celui-ci décide de faire de ces recommandations, la justification de sa décision. Si dans l'espèce présentée devant les juges de droit privé, le respect des recommandations ne justifie pas l'attitude du médecin et ne saurait donc limiter sa responsabilité, le Conseil d'Etat considère, quant à lui, que le non-respect de ces valeurs peut être constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité du médecin. Pour autant, si la faute est fondée sur le non-respect de ces recommandations, la violation de ces dernières ne saurait à elle seule constituer une faute de nature à engager la responsabilité du médecin. Encore faut-il que ce dernier ait exposé le patient à un risque sans justification thérapeutique. Dès lors, un médecin qui fait preuve de diligence normale n'est pas susceptible d'engager sa responsabilité. A cet égard, la Cour de cassation a considéré que « le médecin ne commettait pas de faute en recourant à une méthode abandonnée par ses confrères, dès lors que, selon les experts, cette méthode était délaissée, non pas pour des raisons de sécurité, mais seulement parce qu'elle suscitait une certaine appréhension de la part des patients »²⁸⁴.

252. A l'inverse, un médecin peut être considéré comme fautif, alors même qu'il a respecté un usage professionnel. Les magistrats peuvent donc exercer un contrôle sur les usages professionnels en vigueur et engager la responsabilité du médecin qui respecte un usage devenu contestable, du fait de l'évolution des données scientifiques. L'évolution des usages professionnels peut en effet, être en retard par rapport à l'évolution des données acquises de la science. Il a par exemple été jugé, que le chirurgien qui avait procédé à une anesthésie locale sans s'être entouré des services d'un anesthésiste, commettait une faute, même si cette pratique était conforme à un usage professionnel²⁸⁵.

²⁸³CE, 12 janv. 2005, M. X., n°256001

²⁸⁴Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1959, D. 1959, somm. p. 107 ; Cass. crim., 4 mai 1982, D. 1982, inf. rap. p. 375, obs. J. PENNEAU

²⁸⁵Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 1970, JCPG 1970, 2, 16422, note A. RABUT

253. Afin de pratiquer des soins conformes aux données acquises de la science, le médecin doit réactualiser ses connaissances. C'est pourquoi l'article 11 du Code de déontologie médicale affirme que : « (...) *tout médecin doit entretenir et perfectionner ses connaissances ; il doit prendre toutes dispositions nécessaires pour participer à des actions de formation continue* ». La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 dispose que cette formation constitue une obligation, qui peut être satisfaite de trois manières, au choix du professionnel concerné :

- participation à des actions de formation agréées,
- participation à des programmes d'évaluation des connaissances réalisés par des organismes agréés,
- présentation orale d'un document attestant des efforts en matière de formation du médecin. L'obligation de formation fait l'objet d'une validation. L'absence de validation est de nature à entraîner des sanctions disciplinaires²⁸⁶.

En droit américain, l'appréciation de la faute technique est elle aussi confrontée à un standard de soins.

b) La référence à un standard de qualité en droit américain

254. Aux Etats- Unis, la faute est recherchée au cas par cas en référence à un standard de soins « raisonnable » applicable à chaque professionnel. Afin de mettre en lumière la faute d'un professionnel de santé, le plaignant devra se référer à un *standard of care* (standard de soins) admis au niveau national. Il devra ensuite appliquer la règle de la proximité géographique. En effet, la décision Travers c/ District de Columbia du 4 mars 1996 impose que tout plaignant doit se référer au comportement requis des médecins, correspondant au *standard of care* admis au niveau national, afin de prouver la faute ou la négligence médicale²⁸⁷. Ainsi, un médecin américain est tenu de posséder un niveau de connaissances raisonnable d'habileté et d'expérience, c'est-à-dire celui que possède en principe un professionnel, de même spécialité normalement diligent. Il est tenu d'accorder à chaque patient, des soins attentifs conformément au niveau requis dans la zone géographique dans laquelle il exerce. La règle de la proximité géographique est une règle de grande importance en droit américain. Elle signifie que la pratique médicale doit être conforme au niveau d'exigence existant dans l'espace géographique dans lequel le médecin exerce. En conséquence, le standard de soins n'est pas apprécié en fonction d'un niveau d'exigence national, il l'est d'abord au regard d'un niveau d'exigence local. L'existence de cette règle s'explique du fait de l'immensité du pays et de son organisation fédérale, les moyens techniques ne pouvant pas en effet, être homogènes sur l'ensemble du territoire²⁸⁸.

²⁸⁶C. santé publ. art. L.4133-1et s. et L. 6155-1 et s.

²⁸⁷Etats-Unis, Travers v/ District of Columbia, 1996, 672 A2d 566, Court of appeal

²⁸⁸ On comprend aisément que dans une campagne du Texas, par exemple, les moyens techniques peuvent être moins performants ou tout simplement moins récents qu'à New York ou d'autres grandes villes américaines.

255. En règle générale, on considère, en droit américain, que le professionnel est tenu d'offrir à son patient son meilleur jugement sur la thérapie envisagée. Ainsi un médecin fautif est un médecin, qui a failli à son obligation de formation continue qui lui aurait permis d'être mieux informé sur les techniques médicales nouvelles, mais aussi à son obligation de prudence et de diligence à l'égard de ses patients. Comme en droit français, le médecin américain n'est pas tenu à une obligation de résultat envers ses malades. Il est en effet acquis de longue date que « *a physician is not an insurer of his work* »²⁸⁹. Le praticien doit en conséquence se donner les moyens de tout mettre en œuvre pour arriver au résultat que tout patient, se trouvant dans la même situation, est en droit d'attendre. Le plaignant devra toutefois apporter la preuve d'un manquement. Ce dernier sera le plus souvent fondé sur une expertise permettant de déterminer la faute médicale.

256. Cette faute est en réalité établie au regard des usages et des pratiques acceptés de la spécialité médicale, à laquelle appartient le médecin. Ainsi, la négligence du professionnel sera appréciée par rapport à un standard de soins qui permettra aux juges et aux jurés, d'évaluer de manière concrète et réaliste le comportement du professionnel. Le standard de soins est défini comme une référence dont les professionnels de santé ne doivent pas s'éloigner. La Cour suprême de New York a défini la portée de ce standard dans un arrêt *Pike c/ Hossinger* de 1998²⁹⁰. Elle affirme qu'un médecin ou un chirurgien qui accepte de prendre en charge un patient, laisse supposer implicitement qu'il possède toutes les compétences nécessaires à l'exercice de sa spécialité médicale selon les pratiques professionnelles en vigueur dans sa région. Ainsi, lorsqu'un médecin accepte le malade, il doit lui prodiguer les soins raisonnables et lui porter une attention particulière. Il doit faire appel à son propre jugement et à l'habileté commune à tous les praticiens de la même spécialité exerçant dans la même zone géographique.

257. Afin d'évaluer si le comportement du médecin était acceptable, le jury, composé de non-professionnels de la santé, sera informé par le juge, du standard qu'un médecin diligent aurait dû suivre, mais il pourra également se référer aux normes écrites *written standards* et à leur bon sens²⁹¹. Les standards de soins écrits sont composés de règles de droit et de règlements, de règles institutionnelles et de normes d'accréditation. Les lois et règlements peuvent en effet, aider les juges et les jurés à établir le standard de soins qu'un médecin normalement diligent aurait dû respecter. La violation de ces règles de droit est considérée comme une « *negligence per se* », en d'autres termes, le simple non-respect de ces règles suffit à engager la responsabilité de son auteur. La victime d'une telle négligence n'aura donc pas à rapporter d'autres preuves que l'existence de la règle de droit et de sa violation²⁹².

²⁸⁹ Etats-Unis, *Pike v/ Hossinger*, 1998 155 NY 201, 49 NE 760. Un médecin n'est pas le garant de son travail

²⁹⁰ Etats-Unis, P.M. DANZON, *Medical malpractice, Theory, Evidence and Public policy*, 1985, Harvard University Press, pp. 139-140

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Etats-Unis, R.D. MILLER, *Problems In Health Care Law*, 2006, Jones & Bartlett Learning, p. 594

258. En plus des règles législatives et réglementaires, les règles institutionnelles contribuent à l'établissement de la notion de standards de soins. Elles sont édictées par certains établissements de santé dans le but d'une meilleure prise en charge du patient. A titre d'exemple en 1975, la Haute Cour de New York a établi la règle institutionnelle, selon laquelle un hôpital peut être responsable des dommages causés à des patients de plus de 50 ans du fait d'une chute de leur lit, si l'établissement ne leur a pas affecté des lits à barreaux comme il en a l'obligation²⁹³. Les règles d'accréditation participent également à l'établissement de la norme de standard de soins. En 1997, la Cour du Texas décida à ce sujet, que les normes d'accréditation édictées par la *Joint Commission on the Accreditation of Healthcare Organization* concernant les anesthésies, pouvaient être assimilées à des normes écrites de références²⁹⁴.

259. Le respect de ces standards n'est cependant pas la seule obligation à laquelle doit se conformer un professionnel de santé. Il doit également, se conformer à son obligation de prudence et de diligence. La Cour suprême des États-Unis n'a pas manqué de rappeler ce principe dans un arrêt *Helling c/ Carey* de 1974²⁹⁵ dans lequel elle énonce qu'un médecin qui, bien qu'il aurait agi selon les standards de l'ophtalmologie, est coupable de négligence si celui-ci n'a pas témoigné d'un degré de prudence « raisonnable » à l'égard de son patient. En l'espèce, le médecin aurait dû, avant d'administrer à son patient un quelconque traitement, pratiquer un test médical qui aurait pu détecter un glaucome et empêcher la cécité du patient. En effet, l'acte médical était d'un caractère simple, sans danger et surtout d'un coût très peu élevé. En ce sens la Cour suprême rejoint la position de la Cour de cassation qui, si elle accepte de prendre en compte les références médicales opposables mises en place par la Haute Autorité de Santé, ne fait pas de leur respect, une condition suffisante de nature à exclure toute responsabilité du médecin.

260. Cependant, afin que juges et jurés puissent déterminer si le standard de soins a bien été respecté par le professionnel, une expertise est indispensable. Cette dernière va, en effet, pouvoir mettre en lumière l'éventuelle faute du professionnel.

²⁹³États-Unis, *Haber v/ Cross Country Hosp.* 37 N.Y. 2d 888, 378 N.Y.S 2d 369, 340 N.EE 2d 734 (1975)

²⁹⁴États-Unis, *Denton Reg. Med. Ctr. v/ La Croix*, 947 S.W. 2d 947 (Tex.Ct. App ; 1997).

²⁹⁵États-Unis, *HELLING v/ D.CAREY*, 519 P2d. 981 (Wash. 1974)

II. La preuve de la faute technique, le rôle indispensable de l'expert witness

261. En France comme aux États-Unis, la preuve de la faute technique est apportée le plus souvent par une expertise. L'intervention d'un professionnel de la médecine est en effet, déterminante dans le contentieux de la responsabilité médicale. L'expertise en droit français et en droit américain poursuit des règles différentes à l'exception du mode de désignation de l'expert (1). Il en est ainsi de la mission de l'expert (2) et des conséquences de l'expertise (3).

1. La désignation de l'expert : une procédure similaire

262. L'expertise se définit comme une étude rédigée par un professionnel compétent sur des éléments techniques du litige et qui a pour but d'éclairer le juge et les parties sur ces différents éléments. En droit français, l'expertise est une mesure d'instruction demandée par le juge ou les parties qui a pour but, de mettre l'affaire en état d'être jugée. Le juge doit apprécier l'opportunité de prononcer une telle mesure s'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer²⁹⁶.

263. Tout rapport d'expertise peut être produit par l'une des parties au litige qui aura veillé personnellement au cours du procès, à faire appel à un professionnel pour étayer son argumentation d'éléments techniques. Ainsi, les parties n'ont pas à recueillir l'assentiment du juge pour avoir recours à un technicien, dès lors qu'elles prennent l'ensemble des frais à leur charge. Dans ce cas, l'expertise n'est pas considérée comme une mesure d'instruction, mais comme un moyen d'établir des preuves avant tout procès.

264. Une expertise judiciaire peut également être sollicitée par les parties. Ainsi en droit français, l'article 145 du nouveau Code Civil permet à tout intéressé de demander, en référé ou sur requête, avant tout procès, une mesure d'instruction dont pourrait dépendre la solution d'un litige futur²⁹⁷. Le demandeur peut solliciter une telle mesure auprès du juge dès qu'il justifie d'un motif légitime. La rémunération de l'expert est supportée par la partie demanderesse, sauf si le juge décide qu'elle doit être à la charge de la partie défaillante. La rémunération du technicien est comprise dans les dépens²⁹⁸, frais indispensables à la poursuite du procès, que le juge fait en principe supporter à la partie perdante qui supporte ainsi ses propres débours et ceux de son adversaire²⁹⁹. Le juge peut désigner toute personne de son choix pour l'éclairer sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. Il n'est donc pas tenu, sauf exception, par les listes officielles établies chaque année à l'échelon national ou dans le ressort de chaque cour d'appel³⁰⁰.

²⁹⁶CPC, art. 144

²⁹⁷CPC, art. 145

²⁹⁸CPC, art. 695

²⁹⁹L. CADIET, E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 2009, 4ème édition, Lexisnexis, n° 53

³⁰⁰C. santé. publ., art. L. 1142-10

265. Pour autant, en tant que mesure d'instruction, l'expertise revêt un caractère subsidiaire et ne peut être prononcée que si la partie demanderesse est dans l'impossibilité d'apporter la preuve des faits allégués³⁰¹. Les parties ou le juge ne peuvent donc y avoir recours systématiquement. Il est cependant permis de penser que ce principe n'a aucun sens en matière de responsabilité médicale puisque que le juge, en raison de son incompétence technique, est très régulièrement amené à désigner un médecin expert pour comprendre le litige qui est porté devant lui.

266. Aux Etats-Unis, l'expert est traditionnellement demandé par chacune des parties pour attester du respect ou du non-respect des règles de standards de soins. Les parties ont ainsi la possibilité de choisir leur propre technicien³⁰². Le tribunal lui-même peut parfois y avoir recours lorsqu'il en a besoin. En droit américain, l'expert est considéré comme un véritable témoin du litige. On le nomme d'ailleurs *expert witness*. Il s'agit d'un véritable professionnel de même spécialité que le médecin supposé fautif, qui doit établir au regard de la pratique médicale en vigueur, si le défendeur a commis une faute. Le témoignage de l'expert ne revêt pas le même caractère selon qu'il est appelé par une partie ou par un juge. On dit que le technicien témoigne volontairement, lorsqu'il est appelé par la partie elle-même et qu'il est désigné par la cour *attending by court order*, lorsqu'il est appelé par le juge. Ainsi, le témoignage d'un technicien témoignant volontairement aura beaucoup moins de crédibilité aux yeux de la Cour puisque son objectivité sera mise en doute. L'expert commis par le juge est en effet considéré comme étant plus indépendant³⁰³.

267. Par ailleurs, il n'existe pas aux Etats-Unis de liste officielle d'experts, comme c'est le cas en droit français. Ils sont admis comme tel par la Cour dès lors qu'ils ont démontré avoir les connaissances scientifiques pour connaître du litige, les diplômes nécessaires et l'expérience suffisante pour apprécier le cas particulier présenté au juge. Cependant, les qualifications de l'expert ne sont pas les seuls éléments pris en compte par la juridiction pour savoir, si celui-ci sera retenu comme tel. Le témoignage de l'expert ne peut pas, en effet, être retenu simplement parce qu'un diplôme atteste de ses compétences³⁰⁴. En plus de ses qualifications, un expert doit justifier de la fiabilité de sa technique d'interprétation du standard de soins.

268. Jusque dans les années 1970, la plupart des Tribunaux appliquaient la *Frye rule* issue de la jurisprudence *Frye v/ United States* de 1923³⁰⁵ afin de déterminer si le témoignage de l'expert était pertinent. Cette technique consistait pour la Cour, à admettre l'argumentation scientifique du technicien dès lors qu'elle avait été validée par la communauté scientifique. Au fil des ans, cette technique a été de plus en plus critiquée, car considérée comme trop conservatrice. En effet, les nouvelles techniques scientifiques n'étaient pas assez rapidement prises en compte.

³⁰¹CPC, art. 146

³⁰²Etats-Unis, Federal rule of evidence, rule n° 706 (d), Parties experts of their own selection, nothing in this rule limits the parties in calling expert witness of their own selection

³⁰³Etats-Unis, T.T. DALEY, Pretrial, « Preparations can improve a Physician's Value as an Expert Witness », Canadian medical association journal, 1996, vol. 154, p. 573

³⁰⁴Etats-Unis, *United States v/ Ingham*, 42M.J.218, 2265 (A.C.M.R. 1995)

³⁰⁵Etats-Unis, *Frye v/ United States*, 293 F. 1013 (D.C. App. 1923)

269. C'est dans ce contexte que fut adoptée la jurisprudence *Daubert*³⁰⁶ et sa nouvelle approche de l'expertise. Désormais, le témoignage d'un expert ne peut pas être admis pour la seule raison que ses dires ont été validés par l'ensemble de la communauté scientifique. Cette nouvelle technique, dégagée par la Cour suprême des Etats-Unis, consiste en l'audition du médecin expert avant tout procès, afin de déterminer si son témoignage repose sur des bases scientifiques fiables et s'il est approprié au cas d'espèce. L'audition de l'expert se déroule en quatre points essentiels :

- il doit établir que sa théorie scientifique est une théorie qui a déjà fait ses preuves,
- il doit ensuite établir que cette théorie a déjà fait l'objet de vérification par ses pairs et qu'elle a fait l'objet de publication,
- pour ce qui concerne une technique scientifique particulière, il doit établir s'il existe un taux d'erreurs élevé,
- enfin, il doit établir que cette technique est acceptée en tant que telle par la communauté scientifique

270. Si la technique de l'expert répond aux exigences de « Daubert », alors son témoignage aura des chances d'être retenu par la Cour. Celle-ci devra, alors convoquer son propre technicien, mais aussi celui de chacune des parties³⁰⁷. Il faut cependant préciser que contrairement au droit français, où un médecin peut être expert auprès des tribunaux s'il répond à des exigences nationales fixées par décret³⁰⁸, en droit américain, les compétences de l'expert doivent être adaptées à la *locality rule*, c'est-à-dire à la règle locale. Certains Etats ont en effet, des standards de soins qui leur sont propres, ainsi, les experts désirant témoigner auprès des tribunaux de ces Etats, doivent démontrer qu'ils ont connaissance des règles applicables dans cette zone géographique. Ceci implique le plus souvent que seuls les médecins résidant et exerçant dans le territoire concerné, peuvent prétendre au titre d'expert. Dans certaines régions peu peuplées, il peut ainsi être très compliqué de trouver un médecin acceptant de témoigner contre un confrère, qu'il connaîtra dans la plupart des cas³⁰⁹.

2. *Le rôle de l'expert : une appréciation en apparence différente*

271. En droit français et en droit américain, la mission de l'expert, lorsqu'il est nommé, est délimitée par le juge. Il peut ainsi restreindre ou au contraire accroître les tâches confiées au technicien.

272. Les experts français et américains devront donc s'en tenir à la mission qui leur a été impartie. L'article 238 alinéa 1^{er} du nouveau Code civil dispose en effet que l'avis du technicien doit être limité aux points de droit pour l'examen desquels il a été commis. Sauf accord des parties, il n'a pas le pouvoir de répondre à d'autres questions³¹⁰. Surtout, *il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique*³¹¹ et il ne peut jamais *concilier les parties*³¹².

³⁰⁶Etats-Unis, *Daubert v/ Merrell Dow Pharmaceuticals* 509. U.S. 579 (1993)

³⁰⁷Etats-Unis, Federal rules of evidence, rule n°706 « Court appointed Experts »

³⁰⁸Décret n° 2004-1463 du 23 déc. 2004 relatif aux experts judiciaires

³⁰⁹E.G. Fla. STAT. § 7. 102.c (2)

³¹⁰C. civ. art. 238 al. 2

³¹¹C. civ. art. 238 ; Gaz. Pal. 2000, somm. 2195, note TRAVIERS.

³¹²CPC, art. 240

273. Aux Etats-Unis, l'expert se doit d'être précis et de répondre uniquement à ce qui lui a été demandé. Il peut cependant être amené à préciser quelques points de l'expertise considérés comme obscurs par la Cour ou les avocats. Un médecin expert doit, en effet, toujours faire en sorte que le rapport d'expertise soit accessible à des non professionnels de la médecine. Il doit toujours avoir à l'esprit que l'expertise influence le verdict³¹³. L'expert doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité³¹⁴ dans les délais qui lui sont impartis³¹⁵. Pour se faire, il est choisi *intuitu personae* et doit ainsi remplir sa mission personnellement. Par ailleurs, l'expert américain et l'expert français doivent accomplir leur mission dans les délais impartis par la procédure. En effet, si les témoignages et les preuves ne sont pas présentés à temps, l'avocat instigateur de l'expertise, peut en être tenu responsable. Ainsi, afin d'éviter ce genre de désagrément, l'avocat et le technicien doivent s'entendre sur les délais à respecter³¹⁶.

274. Une particularité doit être relevée dans le système américain d'administration de la preuve. L'expert est toujours considéré comme un témoin. Comme il a déjà été précisé, on parle d'ailleurs à ce sujet d'*expert witness*. Le rapport d'expertise n'est en effet pas une pièce obligatoire à verser aux débats. Le juge peut simplement demander à l'expert de se présenter en personne à l'audience et de témoigner sur l'affaire qui est portée devant lui et le jury. Dans ce cas, le seul témoignage de l'expert revêt la même valeur que n'importe quel rapport d'expertise. Cependant, si le juge l'estime nécessaire, il peut demander au technicien, en plus de sa propre présence devant la Cour, de lui fournir toutes les pièces dont il a besoin pour instruire correctement le dossier. L'expert doit alors s'exécuter. Une pièce recueillie peut cependant échapper à la vigilance du juge. S'il estime que cette pièce est indispensable à la poursuite du dossier, il doit en informer le juge qui l'autorisera ou non à la produire.

275. Le principe du contradictoire doit par ailleurs toujours être respecté en droit français comme en droit américain. Il est considéré comme étant un élément central du procès. Aux Etats-Unis, toute pièce supplémentaire rapportée par le technicien doit être examinée par les parties qui n'en ont pas eu connaissance³¹⁷. En droit français, le respect du contradictoire est un élément fondamental du procès civil. L'article 15 du nouveau Code de procédure civile énonce en effet que : « *Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ». Cet article met donc à la charge des parties, une obligation de communication réciproque dont il est sous-entendu qu'elle doit être loyale. Cela signifie concrètement qu'elles sont dans l'obligation de communiquer outre leurs conclusions, les pièces dont elles entendent se servir, afin que l'adversaire puisse les examiner et le cas échéant, les contester. Cette communication doit se faire en temps utile. Les parties ne peuvent valablement organiser leur défense que si elles ont été informées suffisamment tôt des pièces de son adversaire.

³¹³Etats-Unis, T.T. DALEY, Pretrial, « Preparations can improve a Physician's Value as an Expert Witness », Canadian medical association journal, 1996, vol. 154, p. 573 (Guidilines n°12)

³¹⁴CPC, art. 237

³¹⁵CPC, art. 239

³¹⁶Etats-Unis, T.T. DALEY, Pretrial, « Preparations can improve a Physician's Value as an Expert Witness », Canadian medical association journal, 1996, vol. 154, p. 573 (Guidilines n°6)

³¹⁷Ibid.

3. Les conséquences de l'expertise

276. Deux questions se posent une fois que l'expert a rendu son rapport. Peut-il engager sa responsabilité dans le cas où il aurait rendu un rapport au-delà des délais impartis ? (a) Quelle est la valeur du rapport d'expertise aux yeux du juge ou le cas échéant, du jury? (b).

a) La responsabilité de l'expert plus lourde en droit français

277. La responsabilité de l'expert ne revêt pas la même forme en droit français et en droit américain. En France, l'expert peut être déclaré civilement responsable en raison des fautes qui lui sont imputables sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Les erreurs qu'il pourrait commettre dans le cadre de ces fonctions sont diverses. Les parties peuvent tout d'abord être amenées à contester le retard dans la production du rapport d'expertise. La lenteur de l'expert dans l'accomplissement des opérations d'expertise et du dépôt du rapport, peut en effet être à l'origine de la mise en cause de sa responsabilité civile³¹⁸. D'autre part, le technicien qui accepte une mission dépassant ses compétences ou qui omet de solliciter l'adjonction d'un sapiteur pour les questions dépassant sa compétence, peut également engager sa responsabilité³¹⁹. Négliger d'utiliser les moyens d'investigations qui auraient conduit à la découverte de la vérité ou ne se livrer qu'à un examen superficiel des pièces du dossier, sont aussi des éléments constitutifs d'une faute délictuelle³²⁰.

278. En droit américain, en revanche, le principe veut que l'expert ne soit jamais déclaré civilement responsable du fait de son témoignage³²¹. Cependant, certains tribunaux penchent en faveur de la mise en cause de la responsabilité de l'expert par les parties qui seraient insatisfaites de ses services. Toutefois, cette responsabilité ne peut pas être mise en jeu par la partie adverse ou par des tiers au litige³²². En conséquence, si le principe en droit américain est que l'expert bénéficie d'une immunité civile, la jurisprudence ouvre quelques exceptions lorsqu'elle estime que la responsabilité du technicien peut être engagée dans la mesure où, il n'aurait pas correctement rempli sa mission. En ce sens, le droit américain tend à rapprocher de la conception française de la responsabilité de l'expert. Un autre aspect de l'expertise rapproche le droit français et le droit américain : il s'agit du lien entre le rapport et le jugement.

b) La valeur du rapport d'expertise au regard du jugement

279. Étant donné le caractère particulièrement technique des contentieux relatifs à la responsabilité médicale, il est parfois difficile pour le juge de ne pas être tenté d'aller dans le sens du rapport d'expertise. En conséquence, en droit français comme en droit américain, si l'indépendance du juge et du jury est de rigueur, on constate qu'elle est souvent faussée en raison de l'impossibilité pour ces derniers, de juger sans avoir eu connaissance des éléments scientifiques qui composent le dossier.

³¹⁸L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 2009, 4ème édition, Lexisnexis, n° 790

³¹⁹J.P DOLL, «La responsabilité civile de l'expert judiciaire », A.J.P.I., 1974, p.779

³²⁰Cass, civ 1ère, 7 novembre 1995, I.R, p. 266

³²¹Etats-Unis, R.D. MILLER, *Problems In Health Care Law*, 2006, Jones & Bartlett Learning, p. 592

³²²Etats-Unis, Marrogi v/ Howard, 805 Spo. 2d 1118 (La. 2002) ; Etats-Unis, R.D. MILLER, *Problems In Health Care Law*, 2006, Jones & Bartlett Learning, p. 592

280. En principe, le rapport versé aux débats par le technicien, en droit français, ou le témoignage de l'expert, en droit américain, ne lie pas le tribunal. L'expert ne rend qu'un simple avis. En d'autres termes, le juge n'est jamais tenu de suivre le sens de l'expertise lorsqu'il prend sa décision³²³. L'expert n'a vocation qu'à être l'œil averti du juge. Cependant, la tentation est souvent forte dans certains domaines de suivre son avis. Le risque est en effet que le juge, en raison de son incompétence technique, soit amené à désigner un technicien pour l'éclairer et ne soit complètement aveuglé par l'avis que lui donne ce dernier. Ce risque est d'autant plus présent en matière médicale, puisque le juge ne détient pas les compétences nécessaires pour apprécier la faute du médecin.

281. En droit américain, le témoignage de l'expert n'a vocation qu'à assister le jury afin qu'il comprenne ce qu'il s'est réellement passé et ainsi déterminer l'issue du litige³²⁴. En aucun cas, celui-ci n'est lié par le témoignage du technicien lors du procès et n'est forcé de suivre son avis. Bien au contraire, le rôle du jury est d'évaluer et de confronter l'expertise aux faits qui lui sont présentés. Il peut ainsi décider de suivre le témoignage de l'expert dans son ensemble, de n'en retenir qu'une partie ou bien de le rejeter totalement³²⁵. Le jury doit être capable de juger le médecin en fonction de l'avis de l'expert, mais aussi de sa propre opinion.

282. Le droit américain attache une particulière importance à l'indépendance du jury dans un procès, cependant, il est très difficile dans une matière aussi technique que la médecine, de se faire une quelconque opinion lorsqu'on ne maîtrise pas le jargon technique, ni les connaissances scientifiques adéquates.

283. L'expertise a une place déterminante dans la procédure en droit français comme en droit américain. Cependant, il faut bien différencier le cas où le technicien a été désigné par le juge, du cas où il a directement été contacté par les parties. Le raisonnement du juge sera alors identique dans les deux législations. Lorsque l'expert a été désigné par le juge, ce dernier aura tendance à attacher une grande importance au rapport rendu par le technicien puisqu'il n'aura pas de raison de mettre en doute son impartialité. Si au contraire, le rapport d'expertise a été amené au procès par la partie elle-même en tant que moyens à l'appui de son argumentation, le juge aura tendance à être plus vigilant lors de l'analyse des pièces. C'est le cas, lorsqu'une compagnie d'assurance désigne un expert, afin de définir les circonstances dans lesquelles son assuré a subi un dommage. Il y a en effet dans ce cas précis, un très grand risque pour que l'expert prenne partie au profit de l'assuré, ce qui aurait pour conséquence de léser considérablement la victime.

284. Le rôle de l'avocat est souvent déterminant dans ce type de procédure. Son rôle doit être très actif au cours de l'expertise, car il doit être en mesure d'apporter régulièrement des éléments de contradiction. Ainsi, lorsque l'expert a été désigné par une partie et non pas par le juge, il est parfois nécessaire de procéder à une contre-expertise.

³²³CPC, art. 246

³²⁴Etats-Unis, Federal rules of evidence, rule n°702, « Testimony by expert »

³²⁵Etats-Unis, N. VIDMAR, Sh. SEIDMAN DIAMOND, *Juries and expert evidence*, 2001, Brooklyn law Review, p. 1121

285. L'intervention d'un expert est pourtant indispensable dans la preuve de la faute médicale technique. Seul un spécialiste en effet, peut être en mesure d'éclairer le juge et les parties sur la conformité de l'acte médical dommageable aux pratiques scientifiques en vigueur. En revanche, concernant la preuve de la faute d'humanisme, il semblerait qu'elle soit plus évidente à rapporter.

III. La responsabilité du médecin fondée sur la faute d'humanisme

286. Le médecin étant tenu à des obligations de « science et de conscience », sa responsabilité peut être recherchée, au-delà des fautes techniques médicales, pour un manquement aux obligations éthiques dont il est tenu à l'égard de son patient. Le médecin est tenu à un devoir d'humanisme dont la faute est la traduction fréquente d'un manquement au consentement libre et éclairé du patient³²⁶ (1) Celui-ci est apprécié de manière particulièrement stricte aux Etats-Unis, tandis que la France penche vers une appréciation plus subjective de la notion. La faute résulte également de la violation du secret médical (2).

1. Le devoir d'information du médecin

287. Le consentement libre et éclairé du patient doit être précédé d'une information. Dès lors, tout professionnel de santé est tenu d'une stricte obligation d'information à l'égard de son patient portant notamment sur son état de santé, les caractéristiques de l'acte entrepris, et ses alternatives. La principale difficulté porte toutefois sur l'exact contenu de l'information des risques de l'acte médical. Une fois le patient informé, le médecin doit recueillir son consentement et respecter sa volonté. Dès lors, un médecin engage sa responsabilité lorsqu'il a procédé à la ligature des trompes d'une de ses patientes sans avoir obtenu son consentement préalable³²⁷. Cette sanction n'est cependant pas applicable au médecin qui a modifié sa stratégie au dernier moment et qui n'en a pas informé sa patiente, car l'état de santé de celle-ci l'imposait³²⁸.

288. L'appréciation de l'obligation d'information est différente en droit français et en droit américain. Ce dernier, en effet, n'appréhende pas l'information de manière objective, bien au contraire, c'est le comportement du patient qui va déterminer l'étendue de l'obligation.

³²⁶Le consentement libre et éclairé du patient a fait l'objet d'un développement détaillé dans le précédent chapitre de ce travail. En conséquence, il ne sera pas ici question d'étudier l'information et le consentement du patient mais simplement d'exposer les cas dans lesquels le défaut de consentement ou une mauvaise information du patient ont entraîné la responsabilité d'un professionnel de santé.

³²⁷Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 1988, Bull. 1988, I, n°280, p. 192

³²⁸Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1992, Bull. 1992, I, n°16. En l'espèce, une césarienne était prévue, mais au moment de l'acte, seul l'accouchement par voies basses était possible.

289. Le droit français impose depuis la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 une obligation d'information du malade portant sur les risques « *fréquents et graves normalement prévisibles* »³²⁹. Elle est due à l'ensemble des malades, en état d'exprimer leur consentement, et ne souffre d'aucune exception. En conséquence, c'est le contenu de l'information délivrée par le médecin et la satisfaction du patient, qui va être déterminant dans l'éventuelle mise en cause du professionnel. Le manquement à cette obligation est de nature à engager la responsabilité du médecin³³⁰.

290. A l'inverse, le droit américain ne se place pas du côté du médecin, mais de celui de la personne malade. La capacité du patient à comprendre l'information délivrée est en effet plus importante, que de savoir si le médecin a correctement accompli son devoir. La qualité de l'information, plus que son étendue, ainsi que la volonté d'impliquer le malade dans la gestion de sa maladie, façonnent et conditionnent la délivrance de l'information. Le droit américain s'inscrit, plus que le droit français, dans une culture où l'autonomie individuelle et l'investissement du malade dans le choix de sa thérapie occupent une place prédominante³³¹. C'est dans ce contexte que s'est développée une obligation d'information précise *fiduciary duty* qui fait obligation au médecin de se montrer bienveillant et de délivrer au malade toutes les informations utiles et les alternatives thérapeutiques prescrites³³².

291. En dépit de cette divergence, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 fait preuve d'une volonté de faire participer ce dernier aux décisions concernant sa santé³³³; ainsi, elle reconnaît un large droit d'accès du patient à l'ensemble des informations médicales qui le concernent. Aux États-Unis, ce principe est également de rigueur. Les lois sur le libre accès à l'information et les commissions d'accréditation des hôpitaux garantissent aux citoyens américains, le droit à l'accès des informations médicales qui les concernent³³⁴. Les « *Joint Commission of Hospital Accreditation* » viennent ainsi tous les trois ans contrôler, entre autre, la manière dont l'hôpital vérifie l'information qui a été donnée à chaque patient et si cette information a été délivrée en toute sûreté.

³²⁹C. santé. publ., art. L. 1111-2

³³⁰ La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 juin 2010, admet une sanction distincte de celle de la perte de chance de se soustraire au risque de l'intervention, en posant les bases de la reconnaissance d'un préjudice moral autonome. Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010. 1522, obs. I. GALLMEISTER, note P. SARGOS ; ibid. 1801, point de vue D. BERT ; ibid. 2092, chron. N. AUROY et C. CRETON; RTD civ. 2010. 571, obs. P. JOURDAIN, Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, AJDA 2010. 2169, note C. LANTERO. Le Conseil d'Etat en fait de même le 10 Octobre 2012, AJDA, 2012, p. 1927

³³¹Etats-Unis, C. LAINE & F. DAVIDOFF, « Patient-centered medicine, a professional evolution », J.A.M.A, 1996, vol. 152, p. 275

³³²Etats-Unis, L. NOAH, « Informed Consent and the Elusive Dichotomy Between Standard and Experimental Therapy », American journal of law and medicine, 2002, vol.28, p. 367

³³³C. santé. publ., art. L. 1111-4

³³⁴C. ADAM, M. HARANG, S. ROUSSEAU, M. SIERRA, « Les Etats-Unis : système de soins et responsabilité médicale », Actualité Jurisanté, n°31, janv. 2001, pp. 14-22

2. *Le respect du secret médical*

292. Le secret médical est un devoir fondamental de l'exercice de la profession médicale, déjà mentionné dans le serment d'Hippocrate, par lequel le médecin jurait « (...) *les choses que je verrai ou entendrai dire dans l'exercice de mon art, ou hors de mes fonctions, dans le commerce des hommes, et qui ne devront pas être divulguées, je les tairai, les regardant comme des secrets inviolables* »³³⁵. Cette obligation est générale et absolue et il n'appartient à personne d'affranchir les médecins de cette obligation qui s'impose à eux comme un devoir de leur état³³⁶.

293. En droit français, le secret médical est aujourd'hui imposé par des sources juridiques multiples : les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ; les articles 4 et 72 du Code de déontologie médicale. Le nouvel article L. 1110-4 du Code de la santé publique issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui, tout en précisant les contours, impose cette obligation comme un droit fondamental de la personne malade. Il a été défini par les tribunaux français comme portant « *non seulement sur ce qui leur (les médecins) a été confié, mais également tout ce qui leur a été donné de connaître dans l'exercice de leur art* »³³⁷.

294. Le secret couvre donc tout ce que le médecin a « vu, entendu ou compris » à l'occasion de son activité professionnelle. Ainsi, il doit respecter la vie privée du malade en ne révélant pas ce qu'il peut découvrir à propos de celui-ci. Le secret médical a été créé dans l'intérêt du patient, il peut donc soit décider d'en bénéficier, soit d'y renoncer. Il en est ainsi dans l'hypothèse d'un contrat d'assurance-invalidité lorsque l'assuré, après avoir sollicité une expertise amiable et choisi l'expert, accepte que les pièces médicales le concernant lui soient communiquées. Cette appréciation est laissée au pouvoir souverain du juge du fond³³⁸.

295. Par ailleurs, étant un devoir du médecin et un droit du malade, il ne saurait être opposé à ce dernier, dans le cadre de leurs relations. Le praticien ne peut donc en aucun cas refuser de délivrer des informations à son client en invoquant le secret médical. Cette solution s'impose avec évidence, car le but du secret est de protéger la relation médicale contre les immixtions des tiers, et celui-ci ne saurait donc être invoqué au sein du colloque singulier unissant le médecin à son patient. Selon une formule parfois utilisée par la jurisprudence, le patient est donc par principe le « maître du secret »³³⁹.

³³⁵R. VILLEY, *Histoire du secret médical*, 1986, Seghers, p. 36

³³⁶Cass. crim., 8 mai 1947, Bull. crim., 1947, n° 124 ; JCP G 1948, 2, 4141, note A. LEGAL.

³³⁷Cass. crim., 26 juil. 1845, D.1845, I, p. 340, concl. M. QUENAULT

³³⁸Cass. civ. 1^{ère}, 26 sept. 2006, Bull. 2006, I, n°417, p. 359 ; D. 2006, I.R., 2414

³³⁹Cass. 2^{ème} civ., 28 janv. 1966, D. 1967, jurispr. p. 447, note R. SAVATIER ; CE, 11 févr. 1972, AJDA 1973, p. 106 ; P. DECHEIX, « Le secret professionnel : un droit de l'homme mis à mal », D. 1983, doct. p. 133 ; M. DELMAS-MARTY, « À propos du secret professionnel », D. 1982, doct. p. 268 ; D. THOUVENIN, « Le secret médical : droit ou devoir professionnel », RDSS, 1982, p. 586

296. Tout médecin qui contreviendrait à son obligation déontologique peut être sanctionné tant sur le plan civil, pénal que disciplinaire. La violation du secret professionnel est en effet punie pénalement d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende,³⁴⁰ et peut également entraîner la mise en œuvre de la responsabilité civile du médecin. La révélation d'informations confidentielles est de nature à causer un préjudice moral au patient. Le médecin peut enfin encourir une responsabilité sur le terrain disciplinaire, les condamnations pour méconnaissance du secret médical étant fréquentes devant les juridictions ordinaires.

297. Aux Etats-Unis, le médecin est également tenu au secret professionnel. La *Common law* impose en effet aux praticiens, un devoir de confidentialité à l'égard de leurs patients. Cette obligation est issue tout comme en droit français, du serment d'Hippocrate³⁴¹. Aujourd'hui encore, en droit américain, les règles relatives à la confidentialité des patients sont régies par des organismes professionnels. Ainsi l'*American Medical Association's code of Medical Ethics* recommande au médecin de ne révéler en aucun cas les informations et communications qu'il détient de son patient, à moins que celui-ci ne lui ait donné son consentement³⁴². Le médecin ne doit donc divulguer, aucune information qu'il aurait eu à connaître au cours la relation qui l'unit à son patient. Il peut tout aussi bien s'agir d'informations concernant son état de santé, que des informations concernant sa vie privée. Si le médecin américain vient à manquer à son obligation professionnelle, il peut engager sa responsabilité personnelle. Celle-ci trouve sa source dans deux fondements juridiques :

D'abord, le médecin peut engager sa responsabilité pénale pour avoir commis un *tort of invasion of privacy*, délit d'atteinte à la vie privée. Cette possibilité fut introduite par le *Restatement, second, of torts* de 1997 qui permettait de mettre en cause civilement une personne qui porte atteinte à l'intimité d'une autre et qui lui cause ainsi un préjudice³⁴³. Outre la preuve de la faute du médecin, d'un dommage et d'un lien de causalité, la victime souhaitant engager la responsabilité du médecin sur ce fondement, devra démontrer l'existence de quatre éléments nécessaires à la constitution du délit. Ainsi la victime doit faire état de révélations publiques d'un fait de sa vie privée qui a été préjudiciable pour sa personne alors que cette information n'était pas indispensable au grand public.

D'autre part, le médecin ayant failli à son obligation de secret professionnel peut engager sa responsabilité civile personnelle sur le fondement du *tort theory of breach of confidentiality*. Afin d'engager la responsabilité de son médecin sur ce dernier fondement, la victime devra démontrer l'existence d'une relation professionnelle avec le praticien. L'existence de la relation consensuelle est en effet, un élément nécessaire à l'engagement de la responsabilité civile. Il sera par ailleurs nécessaire de démontrer que le médecin a révélé à une tierce personne, une information confidentielle dont il a eu connaissance au cours de la relation qui l'unissait à son patient³⁴⁴.

³⁴⁰CP. art. 226-13 et 226-14

³⁴¹Whatever, in connection with my professional practice, or not in connection with it, I see or hear in the life of men, which ought not to be spoken of abroad, I will not divulge as reckoning that all such should be kept a secret.

³⁴²Etats-Unis, American Medical Association, Code of Medical Ethics §5.05 (1996-1997)

³⁴³Etats-unis, Restatement of the law, second, Torts §. 652A-E (1997)

³⁴⁴Alan B. VICKERY, « Breach of Confidence : An Emerging Tort », Law Revue, 1982, p. 1451

§3.La particularité de la faute pénale en droit français et en droit américain

298. En droit français, la responsabilité civile et administrative du médecin repose sur la faute. En droit pénal, le principe est similaire : la victime doit apporter la preuve d'une faute intentionnelle ou non intentionnelle pour établir la responsabilité du praticien. A cet égard, la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 a apporté d'importantes modifications dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale du médecin, en dépénalisant certaines fautes commises par des personnes physiques et en redessinant les contours du lien de causalité (I). La faute est également un élément déterminant à l'engagement de la responsabilité pénale en droit américain, où le risque est cependant plus faible qu'en droit français, notamment en raison de l'absence de la notion de partie civile (II).

I. La responsabilité pénale du médecin français

299. La responsabilité pénale du médecin peut être engagée, quel que soit le statut de ce dernier. Le médecin exerçant dans une structure privée ou dans un établissement de soins publics peut donc être l'auteur d'une faute pénale.

300. La responsabilité pénale du médecin en droit français, suppose la commission d'une infraction sanctionnée par le code pénal. Certaines infractions sont propres à la particularité de la science médicale, d'autres sont d'ordre plus général. Les atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité corporelle, se caractérisent par l'absence d'élément intentionnel. Réprimant l'homicide et les blessures causés par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, les atteintes involontaires sont régies par les dispositions des articles 121-3, 221-6, 222-19 à 222-21, R 610-2, R. 622-1, 625-2 et 625-3 du nouveau Code pénal de 1994, modifié par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 et le décret du 20 septembre 2001. 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* ».

301. Dans l'hypothèse d'une faute commise dans l'enceinte d'un hôpital public, le praticien peut commettre dans l'exercice de ses fonctions, des fautes ayant pour conséquence l'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne. La distinction entre faute détachable et non détachable du service, est étrangère à la responsabilité pénale. Pour autant, une infraction commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions, n'est pas nécessairement une faute personnelle détachable du service. Il en résulte que l'action indemnitaire des victimes sera exercée contre l'administration en charge de l'agent et non contre l'agent lui-même³⁴⁵.

³⁴⁵Trib confl., 14 janv. 1935, Thépez, Rec. C.E p.224 ; S.1935.17, note ALIBERT ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, D., 16^{ème} éd., 2007, n°52.

302. La responsabilité pénale médicale suppose l'existence d'une faute, d'un dommage corporel et d'un lien de causalité entre ces derniers. Contrairement au droit civil, le droit pénal, en raison du principe de légalité, ne connaît pas d'incrimination générale de la faute. La faute pénale³⁴⁶ est définie avec une plus grande précision.

303. Il existe deux types de faute en matière pénale : la faute simple et la faute qualifiée, cette dernière étant elle-même divisée en deux branches, la faute délibérée et la faute caractérisée. Depuis la loi du 10 juillet 2000, la détermination de la faute simple ou de la faute qualifiée est fonction du caractère direct ou indirect du lien de causalité. Ainsi, dès lors que le médecin est en relation de causalité indirecte avec le dommage, la faute n'engage sa responsabilité pénale que si elle présente les caractéristiques décrites par l'article 121-3 du code pénal. De même, un médecin n'engage sa responsabilité pénale en cas de faute simple que si cette dernière est en relation de causalité directe avec le dommage³⁴⁷. Une faute peut être commise à n'importe quel stade de l'exercice de l'activité médicale :

- au moment de l'établissement du diagnostic,
- au moment du choix d'un traitement, de sa mise en œuvre,
- lors de la surveillance post-opératoire du malade

304. Un médecin peut d'abord engager sa responsabilité pénale pour faute simple. Il peut s'agir de faute intervenue en raison de maladresse, imprudence³⁴⁸, inattention et de négligence. La maladresse du médecin consiste, dans l'exercice de son activité, à méconnaître les règles de l'art, sans en être forcément conscient³⁴⁹. Les fautes d'imprudence, d'inattention et de négligence sont retenues à l'encontre du médecin qui a agi en ayant conscience du risque que son acte peut entraîner. Il s'agit de fautes d'omission constituant une abstention³⁵⁰.

³⁴⁶On a longtemps assimilé faute pénale et faute civile. La loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 a cependant rompu avec le principe d'unité de ces fautes en instaurant l'article 4-1 du Code de procédure pénale, au terme duquel, « 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 1382 du Code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie(...) ». Dans le cas où la responsabilité du médecin pour atteinte involontaire à l'intégrité corporelle de son patient est écartée par le juge pénal, la victime peut donc intenter une nouvelle action devant le juge civil, qui ne sera pas tenu par la décision pénale préalable. Celui-ci devra toutefois, selon les termes du nouvel article 4-1 du Code de procédure pénale, apprécier impérativement la responsabilité du médecin sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Cette solution semble cohérente par rapport à la jurisprudence pénale qui, éludant l'existence d'un contrat entre le prévenu et la victime, engage nécessairement la responsabilité civile du prévenu sur le terrain délictuel.

³⁴⁷E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », D. PEN, 2007, n°6, étude n°9. L'agent doit avoir commis une faute « essentielle et déterminante » à l'origine d'un dommage

³⁴⁸Le manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence constitue une circonstance aggravante introduite par le Code pénal de 1994 ayant pour conséquence une sanction plus sévère que celle prévue pour la faute simple. Il est cependant nécessaire de préciser l'origine et la nature de l'obligation de prudence dont la violation est constitutive de faute. Il suffit, dans ce cas, que la victime démontre le seul manquement à une telle obligation de sécurité. La faute est, dès lors, présumée de manière absolue..

³⁴⁹Cass. crim., 21 mars 2006, pourvoi n° 05-83.320

³⁵⁰Cass. crim, 13 nov. 2002, D. 2004. 1336, note P. CONTE ; RSC. 2003, p. 331, obs. Y. MAYAUD. Tel est le cas du médecin qui, à la suite d'une intervention à risques, néglige d'effectuer les contrôles qui auraient permis de déceler immédiatement une hémorragie et de sauver son patient

305. Le médecin peut également engager sa responsabilité pénale lorsqu'il commet une faute ayant indirectement causé un préjudice. L'article 121-3 du code pénal impose cependant que cette dernière soit délibérée ou caractérisée. La faute délibérée doit remplir trois conditions cumulatives : l'obligation méconnue doit avoir un caractère spécial, cette obligation doit être édictée par une loi ou un règlement et il doit être démontré la volonté de l'auteur du préjudice de transgresser cette règle³⁵¹.

306. Ainsi, les juges ont pu retenir qu'un médecin anesthésiste a commis une faute délibérée à l'occasion de la réalisation d'endoscopies réalisées dans un cabinet médical, car celui-ci avait infecté ses patients en leur injectant, au moyen d'une même seringue, un produit dont la réglementation ne permet l'administration que dans les établissements disposant d'un matériel d'assistance respiratoire et de réanimation. Le médecin n'avait pas procédé, par ailleurs, à la surveillance post-interventionnelle imposée par un décret du 2 décembre 1994³⁵². La faute délibérée est donc celle qui revêt une intention de nuire.

307. La faute caractérisée ne présente pas le caractère d'une intention volontaire. Elle constitue une « *défaillance inadmissible dans une situation qui mérite une attention soutenue, en raison des dangers ou des risques qu'elle génère* »³⁵³. En matière médicale, les fautes caractérisées résultent d'hypothèse d'abstention, d'intervention tardive ou insuffisante ou encore de mauvaise organisation du service. Ainsi, un médecin généraliste, réquisitionné par le préfet pour assurer une garde, mais qui passe la nuit hors de son domicile dans un lieu où son téléphone n'est pas sous réseau, a indirectement contribué au retard dans l'intervention des secours appropriés et au décès de la victime provoqué par la sous-estimation du médecin 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 fonctionné³⁵⁴. Le médecin qui cause, directement ou indirectement, une atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité corporelle engage sa responsabilité pénale. La mise en œuvre de cette responsabilité n'est possible que si la victime a subi un préjudice en relation avec ce fait dommageable. Cela suppose préalablement l'existence d'une personne née et vivante. Ainsi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a clairement énoncé 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 de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le foetus* »³⁵⁵.

³⁵¹D. COMMARET, « La responsabilité pénale des décideurs en matière de délits non intentionnels depuis la loi du 10 juillet 2000 », Gaz. Pal. 10-11 sept. 2004, p. 3

³⁵²Cass. crim. 11 sept 2001, Bull. crim. 2001, n° 176 ; D. PEN, 2002.4, note M. VERON ; Gaz. Pal. 2002. 2. Somm. 1596, note MONNET ; RSC 2002. 106, obs. Y. MAYAUD

³⁵³Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », D. 2000, chon., p. 603

³⁵⁴Cass. crim. 13 fév. 2007, Bull. crim. 2007, n° 43 ; JCPG. 2007, 2, 10107, note P. MISTRETTA

³⁵⁵Cass. A.P., 29 juin 2001, Bull. crim. 2001, n° 165 ; JCPG. 2001, 2, 10569, rapp. P. SARGOS, concl. contraires, J. SAINTE ROSE et note M. RASSAT ; D. PEN, 2001, p. 34, chron. L. DEMONT ; rapport annuel de la Cour de cassation 2001, p. 510 ; Gaz. Pal. 2002, 1, p. 12, note. S. MONNIER ; Rev. pénit. 2002, p. 137, obs. D. VIGNEAU ; JCPG. 2002, I, 146, note CH. BYK ; D. 2001, 2917, note Y. MAYAUD ; J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu, A propos de l'arrêt d'Assemblée Plénière du 29 juin 2001 », D. 2001, chon., p. 2007

308. Ce même principe de légalité et des peines a conduit la Cour de cassation à reformer un arrêt d'une cour d'appel, qui avait reconnu 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 Haute juridiction a en effet fait valoir que « (...) 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 sa mère »³⁵⁶. En revanche, il y a lieu d'appliquer les règles relatives aux atteintes involontaires à l'enfant qui vient de naître. Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu retenir la responsabilité pénale du médecin ayant causé une atteinte à l'intégrité physique du fœtus dès lors qu'il naît vivant. L'obstétricien qui quitte la salle des naissances sans examiner le dossier d'une patiente 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 a causé des lésions irréversibles constatées à la naissance. Ces circonstances auraient dû le conduire à pratiquer immédiatement une césarienne dont la réalisation tardive était de nature à engager sa responsabilité³⁵⁷.

309. A travers le régime de la responsabilité pénale, le législateur a donné à la faute un caractère qui lui est propre et qui la distingue de la faute civile. La faute pénale, plus stricte dans sa constatation a notamment eu pour effet de limiter les mises en cause des professionnels de santé. L'examen de la jurisprudence antérieure nous donne d'ailleurs de nombreux exemple de médecins condamnés sur le fondement d'une faute légère. Depuis, la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, la responsabilité médicale est plus difficile à mettre en œuvre car plus technique. Elle n'exclut toutefois pas l'indemnisation de la victime qui peut également faire valoir son préjudice devant les juridictions civiles.

310. A l'image du droit américain, le droit pénal français fait donc état d'une hiérarchie des fautes allant de la faute simple à la faute caractérisée pour sanctionner des comportements plus ou moins condamnables alors même qu'ils se situeraient dans la sphère de l'imprudence. Cette hiérarchisation des fautes et de la proportionnalité de la sanction applicable est d'ailleurs une des caractéristiques du droit américain.

II. Un risque pénal plus faible aux Etats-Unis

311. Si la mise en cause du médecin sur la plan pénal est possible en droit français et en droit américain (1), cette éventualité est moins fréquente aux Etats-Unis notamment en raison d'une différence des règles de procédures (2).

³⁵⁶Cass. crim. 25 juin 2002, Bull. crim. 2002, n° 144 ; J.C.P.G. 2002, 2, 10155, note M.L. RASSAT ; D.2002, 3099, note J. PRADEL ; D. PEN, 2002, comm. 93, note VERON ; chron. 31, concl. D.COMMARET ; S. TZITZIS « Néantisez la vie. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2002 », Rev. pénit. 2003, p. 785 ; O. SAUTEL « Récidive...Brèves considération 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. 660, obs. F. PLANCKEL ; Gaz. Pal. 2003, 1, p. 14, note J. BONNEAU ; RSC., 2003, p. 91, obs. B. BOULOC et 95, obs. Y. MAYAUD

³⁵⁷Cass. crim. 2 octobre 2007, pourvoi n° 07-81 259

1. *La responsabilité pénale du médecin américain*

312. Tout comme en France, le médecin américain peut être déclaré responsable pénalement. Cependant, la notion de faute pénale n'a pas la même connotation. Le droit américain en effet, différencie les fautes de négligence, des fautes intentionnelles ou d'imprudence délibérée. En pratique, seule cette dernière est de nature à engager la responsabilité pénale du médecin.

313. La jurisprudence *Edwards c/ Our Lady of Lourdes Hospital* de 1987 précise à cet égard que « *tant dans les cas d'action en responsabilité médicale, que dans les cas d'action en responsabilité de droit commun, il faut déterminer, pour justifier d'une sanction spécifique, si l'auteur du dommage a eu un comportement suffisamment grave contraire aux intérêts du plaignant ; Ceci inclut l'imprudence délibérée et une absence de motivation* »³⁵⁸. L'imprudence délibérée du médecin est qualifiée lorsque celui-ci avait connaissance de l'ampleur du risque résultant de son comportement³⁵⁹. Sur ce point, le droit américain se rapproche du droit pénal français tel qu'énoncé depuis la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000³⁶⁰ en matière de faute délibérée.

314. Les fautes intentionnelles en droit américain, se déclinent sous le régime de l'agression *assault or battery*, et de l'atteinte à la vie privée *invasion of privacy* incluant la violation du secret professionnel. Un *assault* constitue la crainte pour une personne d'être offensée. L'*assault* ne requiert pas de contact physique avec l'agresseur, contrairement à la *battery* qui caractérise l'agression physique³⁶¹.

315. Les délits d'*assault* et de *battery* sont constitués dès l'instant où la victime n'a pas consenti à l'acte préjudiciable. En matière de responsabilité médicale, le patient peut donc engager une action sur le fondement de l'agression dès lors que le médecin a failli à son obligation d'information et qu'il n'a pas recueilli le consentement de son patient. Les délits d'atteinte à la vie privée sont, quant à eux, qualifiés lorsqu'une information a été divulguée sans l'autorisation de la personne concernée. L'application de ce délit au domaine de la responsabilité médicale, entraîne la violation du secret professionnel. Or comme en droit français, la violation du secret professionnel est susceptible d'engager la responsabilité pénale du médecin, à l'exception de certaines informations. Il s'agit notamment des cas d'agressions sexuelles sur des patients mineurs et des maladies contagieuses. La divulgation de ces informations est, en effet, autorisée par la loi.

³⁵⁸ Etats-Unis, *Edwards v/ Our Lady of Lourdes Hospital*, 217 N.J. Super. 448, 526 A. 2d 242 (N.J Super A.D. 1987)

³⁵⁹ Etats-Unis, *Medvetz v/ Choi*, 569 F. 2d 1227 (3d cir. 1977). « To know or to have reason to know of the magnitude of the risk involved in the conduct at issue ».

³⁶⁰ CP, art. 121-3

³⁶¹ Etats-Unis, R.D. MILLER, *Problems In Health Care Law*, 2006, Jones & Bartlett Learning, p. 594

2. *Les hypothèses à l'origine de la responsabilité pénale du médecin américain*

316. En droit français, la victime d'une faute médicale a le choix de saisir, soit les juridictions civiles, soit les juridictions pénales pour obtenir la réparation de son préjudice. Bien entendu, si cette dernière fait le choix de la voie pénale, elle devra se constituer partie civile. Cette option offerte à la victime d'un dommage causé par une infraction pénale, est ouverte sous une double réserve. D'abord, celle de la triple identité de cause, d'objet et de parties, ensuite, celle de l'interdiction exceptionnelle par le législateur, de l'une ou l'autre de ces deux voies. Rares sont cependant les exceptions légales fermant à la victime une telle option, dès lors qu'elle est titulaire d'un droit d'action civile³⁶².

317. Pour la victime, le choix de la voie pénale représente un avantage par rapport à la voie civile. Elle lui donne en effet, la possibilité de voir l'auteur du délit condamné à une peine d'emprisonnement et à des dommages et intérêts, mais aussi d'obtenir une indemnisation plus rapide et plus économique que celle que lui octroierait le juge civil. La sanction pénale représente pour la victime la reconnaissance sociale de son préjudice. D'autre part, cette action lui permet de recueillir à l'encontre de l'auteur de son dommage, des preuves que l'autorité judiciaire recherche à son profit avec les moyens coercitifs qui sont les siens³⁶³.

318. Aux Etats-Unis, au contraire, les citoyens ne sont pas autorisés à intenter des actions pénales devant les juridictions fédérales. Seul en effet le ministère public est habilité à le faire, représenté en général par le Cabinet du Procureur fédéral des Etats-Unis, avec la collaboration des forces de l'ordre³⁶⁴. Il n'existe pas de partie civile en droit américain. En conséquence, si la victime souhaite obtenir la réparation de son préjudice, il est nécessaire qu'elle exerce une action en responsabilité civile distincte de l'action publique exercée par le Procureur. Dès lors, dans la mesure où la responsabilité pénale d'un médecin ne peut être mise en œuvre que par les pouvoirs publics, le nombre de condamnation de celui-ci s'en trouve amoindrie. Les procès pénaux contre les membres de la profession médicale sont donc relativement rares, lorsque les faits en cause sont en rapport avec l'exercice de l'activité médicale.

319. Il faut cependant préciser que dans le cas où le ministère public décide d'engager des poursuites pénales à l'encontre d'un médecin, et que celui-ci est finalement relaxé, les victimes pourront obtenir l'indemnisation de leurs préjudices devant les juridictions civiles. En d'autres termes, l'action pénale n'est pas exclusive de l'action civile. Au contraire, elles peuvent coexister. Ainsi, comme c'est le cas en France, en cas de faute d'imprudence, il n'existe pas aux Etats-Unis d'unité des fautes civiles et pénales.

³⁶²S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2005, lexisnexis 3^{ème} édition, n° 1403 et s.

³⁶³ Ibid., n° 1416s

³⁶⁴ L.R. MECHAM, « *Le système judiciaire fédéral des Etats-Unis* », Article 2.I Judges division, Office of Judges programs, Administrative Office of the US Courts, Thurgood Marshall Federal Judiciary Building, Washington D.C.20544, 2^{ème} ed., 2001, p 53

320. Cependant, alors que le droit français requiert, pour engager la responsabilité civile de l'auteur de l'acte, que l'existence de la faute prévue par l'article 1383 du Code civil soit établie³⁶⁵, le droit américain prévoit que la victime peut tout à fait saisir le juge civil d'une demande de dommage et intérêt sur la base de la même infraction pénale³⁶⁶. Une personne peut donc être successivement relaxée au pénal, puis condamnée au paiement de dommages et intérêts au civil.

321. Si l'engagement de la responsabilité pénale du médecin est un risque plus faible aux Etats-Unis, il est cependant possible de mettre en cause le professionnel de santé de manière détournée. Il s'agit de la condamnation de l'auteur à des dommages et intérêts punitifs devant les juridictions civiles. En effet, l'infraction pénale en droit américain peut être constitutive d'une faute devant les juridictions civiles³⁶⁷, il est donc plus facile, pour la victime, d'en apporter la preuve, l'affaire ayant au préalable été instruite par les pouvoirs publics. Ces derniers auront donc pu, aux moyens d'enquêtes, attester de l'existence d'une faute. Or la victime, qui, au procès civil démontre l'existence d'une faute pénale, peut obtenir du juge qu'il condamne l'auteur de cette faute à des dommages et intérêts punitifs. Cette condamnation, comme son nom l'indique, a pour finalité de punir la personne responsable. Elle peut d'ailleurs atteindre des montants considérables, ce qui démontre une véritable volonté de sanctionner. Lorsqu'un chirurgien orthopédiste, par exemple, ampute la jambe gauche de son patient, alors que seule la droite était malade, il se rend coupable d'une négligence de nature à engager sa responsabilité civile. Il se rend également coupable d'une infraction, en l'occurrence d'une agression (*battery*), de nature à engager sa responsabilité pénale. L'agression est en effet, un délit pénal qui est constitué dès l'instant où une personne a été touchée physiquement, alors qu'elle n'y a pas consenti³⁶⁸.

322. Les juridictions civiles américaines admettent plutôt facilement l'existence d'une agression. Elles considèrent que tout acte chirurgical est en soi une agression et que le seul défaut de consentement du patient, lui donne tout son caractère répréhensible. Cette idée rejoint celle énoncée à l'article 16-3 du Code civil français. L'acte chirurgical étant par nature un acte constitutif d'une atteinte à l'intégrité corporelle, l'absence de consentement suffit donc à qualifier le délit d'agression. A cet égard, les tribunaux américains font preuve de souplesse pour retenir le défaut du consentement du patient. Celui-ci n'est tenu que de prouver qu'il ignorait tout de la réalisation de l'acte qui lui a été préjudiciable³⁶⁹.

³⁶⁵C. civ. art. 1383

³⁶⁶G.W. PUGH, « Administration de la justice criminelle », *Droit des Etats-Unis*, Dalloz. 2nde éd., 1994

³⁶⁷Ibid.

³⁶⁸Etats-Unis, R.D. MILLER, *Problems In Health Care Law*, 2006, Jones & Bartlett Learning, n°11

³⁶⁹Etats-Unis, B.R. FURROW, T. L. GREANEY, S. H. JOHNSON, T. S. JOST, R. L. SHWARTZ, *Health law*, 2nd ed., 1999, Saint Paul, MN: West group, p. 257 et s.

323. La qualification de la faute en tant qu'agression plutôt qu'en tant que négligence, représente un intérêt non négligeable pour la victime. Tout d'abord, les juges et les jurés n'auront pas à déterminer s'il y a eu ou pas une faute professionnelle, puisque cette faute est considérée comme acquise dans leur esprit, ils n'auront qu'à déterminer si le contact physique constitue une réelle agression. D'autre part, le recours à un expert pour évaluer si le standard de soins a été respecté, n'est pas nécessaire. La preuve de l'agression ne passe pas par le respect des normes en vigueur, elle résulte des faits. Enfin, la démonstration du lien de causalité se limite à la preuve de la survenance d'un contact physique préjudiciable³⁷⁰. La victime a donc un intérêt certain à faire valoir son préjudice sur le plan pénal.

324. Dans une affaire *CHOUINARD v/ MARJANI*, une patiente prétendait au cours d'une ablation mammaire bilatérale n'avoir consenti qu'à l'ablation du sein gauche. Cependant, elle aurait sans doute consenti à cette double ablation, si le médecin l'en avait informée. Les juges ont donc retenu, en l'espèce, la théorie de l'agression. En conséquence, pour retenir l'existence d'une *battery (agression)*, les juges n'ont pas eu besoin de recourir à un rapport d'expertise. Seule l'absence de consentement éclairé suffit à engager la responsabilité du professionnel³⁷¹. Dès lors, la victime qui assigne le médecin fautif devant les juridictions civiles peut tout à fait invoquer une faute pénale pour engager la responsabilité civile du médecin et ainsi obtenir la réparation de son préjudice par l'octroi de dommages et intérêts punitifs.

325. Cette approche est complètement différente du droit français qui ne permet l'engagement de la responsabilité pénale, que si l'infraction est prévue par un texte³⁷². La responsabilité civile, quant à elle, ne peut être mise en œuvre que si la victime a qualifié la faute civile délictuelle à l'origine de son préjudice. En droit américain, la faute revêt un caractère uniforme. Quelque que soit la nature de celle-ci, la victime est susceptible d'assigner son auteur devant les juridictions civiles et obtenir réparation. La mise en œuvre de la responsabilité pénale reste anecdotique aux Etats-Unis en raison d'une procédure particulièrement stricte. En droit français au contraire, la faute du médecin revêt différentes formes. Elle peut être de nature civile, pénale ou administrative. Leur mise en œuvre doit suivre pour chacune d'entre elles, une procédure particulière devant des juridictions spécifiques.

326. Les droits français et américain se rapprochent donc à de nombreux égards concernant l'appréciation de faute à l'origine de la responsabilité d'un professionnel de santé. La faute technique et la faute d'humanisme existent dans les deux législations et font l'objet d'une appréciation quasi similaire, les standards of care américain ainsi que les recommandations et bonnes pratiques françaises répondant aux mêmes exigences. Les règles de droit de chaque pays relatives à la nature juridique des fautes médicales ne représentent pas un obstacle au rapprochement des deux législations. On pourrait donc légitimement envisager un rapprochement des deux droits sur le terrain de la faute. La faute en droit français pourrait donc tout à fait emprunter les caractéristiques de la faute en droit américain en lui accordant notamment davantage de subjectivité.

³⁷⁰Etats-Unis, *Kohoutek v/ Hafner*, 383 N.W 2nd 295 (Minn.1986)

³⁷¹Etats-Unis, *Chouinard v/ Marjani*, 575. A. 2nd 238 (Conn. App. 1990)

³⁷²CP. art. 111-2

§4. Vers une redéfinition de la faute médicale en droit français

327. Aujourd'hui, le droit de la responsabilité civile et administrative tend de plus en plus vers une conception objective de la faute afin de favoriser la sécurité des victimes. Cette objectivisation du régime se traduit notamment par un renforcement des obligations qui pèsent sur les professionnels créateurs de risques. Pour autant, si cette conception de la responsabilité plaide pour une protection des droits des victimes qui ne doivent pas supporter les aléas de la détermination de la faute et qui doivent, quoi qu'il arrive obtenir la réparation de leurs préjudices, le courant objectiviste peut conduire à des débordements, notamment en matière d'indemnisation, qui risqueraient de faire perdre tout son sens à la notion de réparation. C'est pourquoi, il ne faut pas perdre de l'esprit que la faute doit avant tout revêtir un caractère subjectif (I). Le droit français connaît déjà cette spécificité en droit pénal et en droit administratif (II).

I. Le retour à une définition plus subjective de la faute

328. La doctrine s'est toujours interrogée sur l'opportunité de subordonner l'existence de la faute à l'imputabilité du fait dommageable à son auteur, ce qui revient à se demander si cette condition doit ou non jouer un rôle au sein de la faute³⁷³. Or il existe une véritable opposition doctrinale dans l'appréciation du caractère objectif ou subjectif de la faute. Selon certains auteurs³⁷⁴ tels que R. Savatier, P. Esmein, R. Rodière, B. Starck et J. Carbonnier, la faute comporte nécessairement un élément subjectif qualifié d'élément moral ou psychologique et l'existence ou non de cet élément doit être déterminant dans la détermination de la mise en cause de la responsabilité du défendeur. Cette conception de la faute correspond à une vision individualiste de la responsabilité et repose sur une adhésion implicite au postulat philosophique du libre-arbitre. Elle signifie que le droit de la responsabilité a été conçue pour sanctionner les pratiques blâmables et donc moraliser les comportements individuels.

329. La doctrine subjectiviste de la faute fut par la suite remise en cause par un courant objectiviste représentée par H. et L. Mazeaud. Selon ces auteurs, la constatation d'un écart de conduite ou la transgression d'un devoir imposé par des règles juridiques suffit à caractériser la faute civile sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'état d'esprit de l'agent au moment de la réalisation du dommage. A l'appui de ce point de vu, il a été avancé qu'une conception objective de la faute est nécessaire pour assurer la protection des victimes contre les comportements anormaux, même s'ils n'éveillent aucun remord dans la conscience de ceux qui les adoptent. C'est dans cette perspective que le droit français a vu se développer les principes d'une responsabilité fondée sur le risque qui, pour permettre une indemnisation des victimes, occulte la nécessité d'apporter la preuve d'une faute.

³⁷³G. VINEY, P. JOURDAIN, J. GHESTIN, *Les conditions de la Responsabilité*, Traité de droit civil, 3^{ème} ed., 2006, LGDJ, n°444

³⁷⁴Ibid.

330. La conception objective de la notion de faute a gagné le domaine de la responsabilité médicale. Par exemple, afin d'améliorer l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, la Cour de cassation a choisi de renforcer doublement les obligations pesant sur le médecin en modifiant la portée de son obligation d'information d'une part et la portée de son obligation de sécurité d'autre part. Sans remettre en cause le principe d'une responsabilité fondée sur la faute technique, la Cour de cassation a adjoint à l'obligation de soins du médecin, une obligation accessoire de sécurité, considérée comme une obligation de résultat et dispensant par conséquent la victime d'apporter la preuve d'une faute. Cette obligation de sécurité a notamment été invoquée pour l'indemnisation des dommages causés par les produits sanguins et le matériel médical.

331. Par ailleurs, afin de permettre une indemnisation aux victimes d'accidents médicaux ne résultant ni d'un manquement à l'obligation de soins, ni d'un manquement à l'obligation de sécurité, la Cour de cassation a renforcé les obligations du médecin découlant de son devoir d'humanisme en consolidant l'obligation d'information qui pèse sur ce dernier. De plus, pour permettre une plus sûre indemnisation de la victime, la Cour de cassation a inversé la charge de la preuve en faisant supporter celle-ci au professionnel de santé. Elle a, par ailleurs, renforcé le contenu de cette obligation d'information à exigeant du médecin qu'il mette en garde son patient sur tous les risques inhérents à l'acte médical, y compris ceux présentant un caractère grave même s'ils ne se réalisent qu'exceptionnellement³⁷⁵.

332. Certes, l'obligation du médecin est renforcée en ce qu'elle permet de conférer au patient un véritable sentiment de sécurité, notamment en ne supportant pas la charge de sa preuve. Cependant, l'information qui pèse sur le médecin est-elle réellement justifiée par la sécurité du patient ? Par ailleurs, la jurisprudence, pas plus que le législateur ne précise ce qu'ils entendent par « risques graves » si ce n'est le risque pouvant entraîner le décès ou l'invalidité du patient³⁷⁶. Il semble que la teneur de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin soit totalement disproportionnée par rapport à ce qu'est en droit d'attendre un patient pour assurer sa sécurité.

333. Tant le législateur que la jurisprudence ont attribué une trop grande place aux droits des patients dans la relation médicale. Ce n'est plus le comportement personnel du médecin qui est apprécié mais un comportement analysé au regard d'un standard qu'il convient de stigmatiser à l'ensemble de la profession. Pourtant, la médecine n'est pas une science exacte et il n'appartient pas au médecin de promettre un résultat à son patient. Il doit simplement tout mettre en œuvre pour y parvenir, c'est à dire réunir l'ensemble de ses compétences et ses connaissances.

³⁷⁵Cass.civ.1ère, 7 oct. 1998 ; JCP.G. 1998, 2, 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS ; D. 1999, jurispr. p. 1455, note S. PORCHY-SIMON ; CE, ass, 5 janv. 2000, Assistance publique hôpitaux de Paris et Consorts Tell, RFDA, 2000, p. 641 ; JCP.G, 2000, 2, 10271

³⁷⁶CE, 16 juin 2000, n°191428; rapp. P. SARGOS ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1997, JCPG, 199, 2, p. 22942, concl. CHEVAUX ; RTD civ. 1998.100 obs. J. MESTRE ; RDSS, 1998. 68, obs. M. HARICHAUX ; CE, 5 janv. 2000, RFDA. 2000, p. 641

334. L'obligation du médecin doit rester une obligation de moyens quelque soit les actes qu'il effectue. C'est à ce niveau-là que les attentes du patient doivent se situer quand son médecin lui délivre une information. Il doit simplement se demander si son médecin a été de bonne foi et qu'il n'a pas omis volontairement de le mettre au courant de tous les risques touchant à l'acte médical. C'est en cela qu'il est nécessaire d'apprécier la faute de manière subjective. C'est un comportement répréhensible pris individuellement qu'il convient de sanctionner et non pas un simple écart de conduite involontaire.

335. La faute du médecin doit être qualifiée et non pas appréciée par rapport à un ensemble. C'est pourquoi il est nécessaire de redéfinir la notion de faute médicale « *in concreto* » en prenant en considération la réalité à laquelle l'auteur est confronté, c'est à dire ses missions, ses fonctions, ses connaissances et compétences ainsi que les facultés dont il disposait au moment de la réalisation de l'acte dommageable.

336. Enfin, apporter de la subjectivité à l'engagement de la responsabilité du médecin nécessite d'introduire la notion d'illicéité dans la définition de la faute et du dommage réparable. Celle-ci doit être entendue non seulement comme un acte qui aurait porté atteinte à un intérêt individuel reconnu et protégé par le droit, mais aussi comme la commission d'un fait illicite. Le dommage subi importe donc autant que le comportement répréhensible de l'auteur. C'est la logique adoptée par le droit français et le droit américain dans leur fonction punitive.

II. **Une définition de la faute médicale inspirée du droit pénal et du droit administratif français**

337. En France, la notion de faute médicale doit être plus justement qualifiée. A cet égard, elle pourrait s'inspirer de la définition donnée par le droit américain des dommages et intérêts punitifs et par le droit pénal français. Le critère de l'illicéité deviendrait alors un élément constitutif déterminant du délit civil (A). La redéfinition de la faute médicale pourrait également s'inspirer de la notion de faute en droit administratif (B).

1. *Une définition inspirée de la faute pénale française et de la faute punitive américaine.*

338. En droit français, parmi les différentes formes d'atteinte à l'intégrité physique de la personne, il est possible de distinguer les atteintes intentionnelles des atteintes non intentionnelles. Dans les premières, l'acte, l'homicide ou les blessures sont réalisées intentionnellement c'est à dire avec une volonté de nuire, dans les secondes, les actes résultent d'une imprudence ou d'une négligence dont le résultat n'a pas été intentionnellement recherché³⁷⁷.

³⁷⁷J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^{ème} ed., 2010, n°73

339. La promulgation de la loi de juillet 2000 a cependant modifié le caractère de cette faute. Dorénavant, la nouvelle rédaction de l'article 121-3 du code pénal, modifiant l'élément moral de l'infraction, il doit être opéré une distinction afin d'engager la responsabilité des personnes physiques. Si le lien est direct entre la faute et le préjudice, toute faute doit revêtir un caractère pénal³⁷⁸. Si au contraire, ce lien est indirect, la faute n'est pénale que si elle revêt une certaine gravité. Ainsi, il existe aujourd'hui deux catégories de fautes pénales non intentionnelles, les fautes simples et les fautes graves.

340. Les articles 221-6, 222-19, R. 622-1 et R. 625 -2 du code pénal font apparaître deux types de fautes simples. La première est composée de quatre comportements : la maladresse, l'imprudence, l'inattention et la négligence. Si la jurisprudence a pu considérer que cette définition était limitative³⁷⁹, l'énumération est si large qu'en réalité les juges peuvent facilement la qualifier. La deuxième est le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement qui remplace la disposition « règlements » au pluriel. Cette nouvelle rédaction fait place à une interprétation restrictive de la notion désormais entendue au sens constitutionnel du terme. Le code pénal de 1994 supposait en effet une interprétation large de la notion de règlement pouvant inclure les règles professionnelles et déontologiques³⁸⁰. Dès lors, cette restriction a pour effet de réduire le champ de qualification de la faute pénale qui ne pourra être reconnue que si elle est définie par un règlement administratif. D'autre part, en matière de preuve, le nouveau dispositif semble participer à l'atténuation de la mise en œuvre de la responsabilité pénale du médecin.

341. Désormais, l'infraction ne peut être retenue que « *s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales, compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoirs et des moyens dont ils disposait* »³⁸¹. Auparavant, en effet, il appartenait au médecin d'apporter la preuve qu'il avait accompli l'ensemble de ces diligences.

342. La qualification de faute grave est nécessaire quand le lien de causalité entre la faute et le préjudice est indirect. En effet, selon l'article 121-3 alinéa 4 du code pénal « *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ont 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 de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». Les nouvelles dispositions du code pénal font apparaître deux sortes de fautes qualifiées. Il s'agit d'abord de la faute délibérée qui suppose deux éléments : un élément légal qui est l'existence d'une obligation particulière de sécurité et un élément psychologique qui est la volonté mûrement réfléchie de violer le texte en sachant qu'un dommage peut arriver et en prenant le risque sans état d'âme³⁸².

³⁷⁸ Cela ne change rien de ce que prévoyait le code pénal avant la promulgation de la loi du 10 juillet 2000

³⁷⁹ Cass. crim., 26 fév. 1863, D. 1864, I, 193 ; Crim. 15 avr. 1889, S., 1891, I, 292

³⁸⁰ C.A. Paris, 20 déc. 1971, Gaz. Pal., 1972, I, 317 ; RSC., 1972, 610, obs. G. LEVASSEUR

³⁸¹ CP. art. 121-3 al. 3

³⁸² J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^{ème} ed., 2010, n°73

343. La faute délibérée participe donc d'un comportement volontaire de l'agent qui décide de transgresser la norme. Elle se distingue de l'intention dans la mesure où l'auteur de la faute ne veut pas parvenir aux conséquences résultant de sa négligence mais s'est simplement exposé au risque d'y parvenir en raison de son insouciance.

344. Il s'agit ensuite d'une faute caractérisée plus difficile à définir car plus factuelle. Elle est constituée par un manquement non délibéré mais qui présente néanmoins une importance telle qu'il est possible de la considérer comme une défaillance inadmissible dans des domaines où certaines précautions auraient permis d'éviter la réalisation des risques survenus. La faute caractérisée a pu être assimilée à la faute inexcusable définie à l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale selon laquelle le prévenu ne pouvait ignorer le risque³⁸³.

345. Au regard de ces nouvelles dispositions, il est possible d'affirmer que la responsabilité pénale du médecin a été allégée, qu'il ait causé directement ou indirectement le dommage, les hypothèses de mise en causes de ce dernier ayant été limitée. En effet, alors que le droit de la responsabilité civile évolue vers une tendance « objectiviste » des critères nécessaires à l'engagement de la responsabilité, la constitution de la faute pénale non intentionnelle exige au contraire une imprudence, une négligence ou un manquement à une obligation de prudence et de sécurité prévue par la loi ou le règlement, mais elle exige également que l'auteur n'ait pas accompli les diligences normales compte tenu de la nature de sa mission ou de ses fonctions; de ses compétences ainsi que des moyens dont il disposait³⁸⁴. Dès lors, tous les manquements supposent une faute mais plus précisément le non accomplissement de diligences normales.

346. Le droit pénal prend donc en considération, contrairement au droit civil, l'élément subjectif de la faute. C'est avant tout l'attitude de l'auteur, ce qu'il pensait et ce dont il avait conscience au moment de la réalisation du préjudice qu'il convient de sanctionner. Certes, la faute du médecin est appréciée au regard de ce qu'aurait réalisé un « bon professionnel »³⁸⁵ c'est-à-dire des « soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données actuelles de la science »³⁸⁶, mais il ne généralise pas la faute, il l'apprécie au contraire dans son contexte. La faute simple pénale non intentionnelle est définie de manière concrète car elle prend en considération la réalité à laquelle le professionnel de santé est confronté.

347. La volonté du législateur d'imposer à la victime d'apporter la preuve d'une faute grave délibérée ou caractérisée en cas de dommage indirect participe également à l'atténuation de la mise en cause pénale du médecin. La qualification de ce type de faute étant très précise, elle ne laisse au juge aucune marge d'appréciation dans la reconnaissance de cette dernière.

³⁸³Ibid.

³⁸⁴CP. art. 121-3 al. 3

³⁸⁵Cass. crim., 4 oct. 1990, D. Pen. 1991, comm. 8

³⁸⁶Cass. crim., 7 juil. 1993; D. PEN., 1993, comm. 255, obs. A. MARON ; Cass. crim., 15 nov. 1995, D. PEN, 1996, comm. 100, obs. A. MARON

348. Pour revenir à une interprétation plus subjective de la faute; le droit civil pourrait tout à fait s'inspirer de la définition de la faute pénale non intentionnelle qui existe également en droit américain sous la notion de dommages et intérêts punitifs. Il a précédemment été précisé que la condamnation du défendeur à de tels intérêts suppose que la faute de celui-ci soit « particulièrement répréhensible ».

349. En effet, seul un médecin ayant eu un comportement particulièrement insouciant, malicieux, vindicatif ou oppressif peut subir ce genre de condamnation. Le critère du comportement particulièrement répréhensible fut notamment mis en lumière par l'arrêt *Edwards c/ Our lady of Lourdes Hospital* de 1987. En l'espèce, il a été considéré que « (...) dans les cas d'action en responsabilité médicale comme dans les actions en réparation en général, il faut déterminer s'il y a eu un comportement suffisamment aggravé et contraire aux intérêts du demandeur incluant un mauvais motif ou ou une indifférence flagrante, pour justifier la sanction spéciale de dommages et intérêts punitifs »³⁸⁷. Il en résulte qu'un comportement particulièrement grave est de nature à engager la responsabilité de son auteur alors qu'au contraire un comportement plus léger n'est pas susceptible d'être à l'origine d'une telle mise en œuvre. Le comportement grave du médecin est mis en lumière aux moyens de deux constatations. Son comportement doit avoir occasionné une mise en danger de la vie de son patient et il ne pouvait ignorer les risques pouvant résulter de son comportement³⁸⁸.

350. La notion de faute particulièrement répréhensible, en droit américain, donnant lieu à l'octroi de dommages et intérêts punitifs est donc très proche de la notion de faute pénale non intentionnelle en droit français. Elle se rapproche de la faute délibérée qui suppose l'existence d'une obligation particulière de sécurité ainsi qu'une volonté réfléchie de manquer à cette obligation en sachant qu'un dommage peut arriver³⁸⁹ mais qui se distingue de l'intention de nuire dans la mesure où l'auteur de la faute ne veut pas parvenir aux conséquences résultant de sa négligence. Elle se rapproche ensuite d'une faute caractérisée, constituée par un manquement non délibéré mais qui présente une défaillance inadmissible dans des domaines où certaines précautions auraient permis d'éviter la réalisation des risques survenus.

351. En droit pénal français comme en droit américain dans sa fonction punitive, il existe donc une véritable différenciation des fautes susceptibles de mettre en cause la responsabilité du médecin, toutes ces fautes devant être qualifiées dans l'une et l'autre législation. Or il semble que c'est ce qui devrait également être appliqué en droit civil afin de revenir à une conception plus subjective de la notion de faute et ainsi de limiter les hypothèses de responsabilité personnelle du médecin.

³⁸⁷ Etats-Unis, *Edward v/ Our Lady of Lourdes Hospital*, 217 N.J. Super. 448, 526 A. 2d 242 (N.J Super A.D. 1987)

³⁸⁸ Etats-Unis, *Restatement of the law, second, Torts*, § 908

³⁸⁹ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^{ème} ed., 2010., n°73

352. Ainsi le professeur Josserand remarquait déjà sous le titre de l'une de ses chroniques à propos d'une renaissance jurisprudentielle de la faute lourde en matière professionnelle que « (...) *La faute, tant qu'elle demeure véritablement professionnelle, alors qu'elle s'explique par les difficultés ou les aléas d'un métier ou à raison d'un mithridatisme mental, par l'accoutumance aux dangers, aux risques qu'il implique, par la déformation professionnelle, la faute n'engage pas la responsabilité de son auteur ou ne l'engage alors qu'incomplètement étant alors considérée comme la rançon, le déchet de la fonction. Elle est la faute de la profession plutôt que celle du professionnel, simple rouage dans un mécanisme compliqué qui le dépasse. C'est seulement par son poids, par ses dimensions, culpa lata, par la conscience qu'en a son auteur, ainsi que des conséquences qui peuvent en résulter qu'elle devient génératrice à sa charge d'une complète responsabilité (...). Plus il (le professionnel) rentre dans sa fonction et plus il perd de son individualité, se son aptitude à répondre de ses actes ou de ses omissions, plus les fautes qu'il commet deviennent celles de la profession jusqu'au point ou par leur gravité, elles s'échappent du cadre professionnel pour devenir celle de l'homme privé dont la responsabilité alors seulement émerge au premier plan* »³⁹⁰.

353. Il en résulte que toutes les fautes, quel que soit leur nature, ne peuvent pas être à l'origine de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle du médecin³⁹¹. Ainsi un accident, une erreur grave ou une « erreur » qu'un autre médecin normalement diligent aurait pu accomplir dans de même circonstance ne doit pas être appréhendée de la même façon. C'est sans doute ce qui avait poussé à une certaine époque, des experts³⁹² à énoncé que si évidemment une faute avait été commise, elle n'était pas suffisamment grave pour engager la responsabilité de l'agent ou au moins totalement³⁹³.

354. Pourtant, selon le professeur J. Penneau³⁹⁴, il ne faut pas établir une échelle de faute en considérant que les plus graves devraient engager la responsabilité du professionnel alors que les plus légères ne le devraient pas.

355. A cet égard la Cour de cassation engagea en 1835 la responsabilité d'un médecin ayant commis de graves fautes, repoussant ainsi les arguments du pourvoi, selon lequel « *le médecin dans l'exercice de sa profession n'est soumis (...) à aucune responsabilité. Celle-ci ne peut être invoquée contre lui que si oubliant qu'il est médecin et se livrant aux passions, aux vices, aux imprudences de l'homme, il occasionne par un fait répréhensible, un préjudice réel au malade qui se confie à ses soins. En d'autres termes, la responsabilité s'exercera contre l'homme, jamais contre le médecin* »³⁹⁵.

³⁹⁰L. JOSSERAND, « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », D. 1939, chon. 39 ; *Cours de droit civil positif français*, Recueil Sirey, 3^{ème} éd., , 1939, Tome 2, n° 612 bis et s.

³⁹¹Alors qu'il est de jurisprudence constante que « Rien n'exige pour l'existence de la responsabilité médicale une faute lourde ou grave, aucun texte ne dispense le médecin de répondre d'une faute légère pourvu qu'elle soit caractérisée, du moment que le juge constate avec certitude une faute commise par le médecin, quel que soit la nature de cette faute, professionnelle ou non, quel que soit sa gravité, légère ou lourde », D. 1947. 79

³⁹²Pourtant, on sait que les experts doivent se limiter à donner un avis purement technique qui ne lie pas le juge et qu'il ne doit en aucun cas porter d'appréciation sur des éléments de droit tels que l'engagement de la responsabilité du médecin en cas de faute grave. Il semble qu'à cette époque, le rôle de l'expert ait été confondu avec celui du juge.

³⁹³Civ. 1^{ère} 9 nov. 1953, D. 1954, 5

³⁹⁴J.PENNEAU : « Faute et erreur en matière de responsabilité médicale », LGDJ, 1973,p. 168

³⁹⁵Cass, requ. 18 juin 1835, Arrêt Thourey c/ Guigne, D.P 1835, I, concl. DUPIN, 300 ; S. 1835, 2, 410

356. La solution se trouverait, selon le professeur J. Penneau, dans la notion de l'erreur qu'il faut associer à la faute pour résoudre les problèmes liés à la responsabilité et à la réparation : « *Il faut prendre le problème différemment et au lieu de toujours partir de la faute à laquelle on veut, contre toute logique assimiler tout fait dommageable que l'on veut réparer, il faut (...) s'interroger sur ces anomalies de conduites liées spécialement à l'inadaptation de l'homme à toujours parfaitement contrôler les techniques qu'il emploie, souvent par nécessité maintenant qu'il les a créées, et liées d'une manière aussi générale à la faillibilité humaine* »³⁹⁶.

357. Il est essentiel de faire intervenir un élément subjectif dans l'appréciation de la faute médicale, et c'est en cela que distinguer l'erreur de la faute pourrait être une solution. Il faut prendre en compte l'état d'esprit du médecin au moment de la réalisation du préjudice. Dès l'instant où l'auteur du dommage n'avait pas prévu ou n'aurait pas pu prévoir sa réalisation, son comportement ne doit pas être apprécié comme un comportement fautif mais comme une erreur simplement humaine dont il ne doit pas supporter l'entière responsabilité.

358. Il est en effet devenu aujourd'hui très facile de commettre des erreurs et donc de causer un préjudice même en se comportant prudemment. Or, il n'est pas possible de faire supporter l'entière responsabilité d'un acte préjudiciable à un professionnel qui a tout mis en œuvre pour parvenir au meilleur résultat possible et qui a ce titre à fait preuve de prudence. Comme le relève J. Penneau, « *le pouvoir de l'homme est limité par nature. Ses facultés sont souvent dépassées par les moyens qu'il met en œuvre. Il arrive qu'il ne puisse contrôler ces derniers. En un mot, il est faillible et sa faillibilité naturelle n'est que trop sollicitée par la complexité des situations qu'il prétend régler* »³⁹⁷. Une erreur donnant lieu à un dommage qui n'a pas été voulu, et au contraire qui a tout fait pour être évité, ne peut pas engager pleinement la responsabilité du médecin. Seule une faute certaine et caractérisée en droit civil comme en droit pénal est susceptible d'engager la responsabilité personnelle de son auteur.

359. Dès lors, le droit français doit nécessairement prendre en compte le critère de l'illicéité comme élément constitutif du délit civil. Celui-ci serait le garant d'une appréciation subjective et donc plus juste de la faute médicale. La faute doit alors être entendue non seulement comme un acte qui aurait porté atteinte à un intérêt individuel reconnu et protégé par le droit, mais aussi comme la commission d'un fait illicite en tant que tel. Dans ce cas, la nature du dommage subi importe autant que la nature du comportement de l'auteur. C'est d'ailleurs la logique poursuivie par le droit américain dans la pratique des dommages et intérêts punitifs.

360. Le droit français pourrait donc envisager une échelle de gradation des fautes telles qu'elles sont envisagées par le droit pénal français et le droit américain. Ainsi les erreurs qui auraient conduit à la réalisation d'un préjudice ne devraient engager la responsabilité du professionnel que dans la mesure où il n'aurait pas pris toutes les précautions pour éviter la réalisation du préjudice³⁹⁸.

³⁹⁶J.PENNEAU : « Faute et erreur en matière de responsabilité médicale », LGDJ, 1973, p. 168

³⁹⁷Ibid., p. 537

³⁹⁸Cass. Civ. 1ère, 25 juin 2009, n°08-15.560 ; A. DELHAYE « Erreur de diagnostic et responsabilité du médecin psychiatre », Gaz. Pal., n° spé. 22-24 nov. 2009, p. 37

2. Une définition inspirée de la faute détachable du service en droit administratif

361. En principe, lorsqu'un dommage a été commis par un agent de droit public au sein d'un établissement public, il appartient à l'administration de répondre des actes de ce dernier. Il peut cependant arriver que l'agent engage sa responsabilité personnelle. Il s'agit alors de la théorie de la faute détachable du service ou de la faute personnelle

362. La distinction entre faute de service et faute personnelle a été marquée par la célèbre définition de Laferrière dans ses conclusions à propos de l'arrêt du Tribunal des conflits Laumonnier-Carriol de 1877. Il indiquait que « *Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux, si au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, une imprudence, la faute est imputable au fonctionnaire et non à la fonction, et l'acte perdant son caractère administratif, ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire* »³⁹⁹.

363. Il existe alors, selon Laferrière, deux types de fautes : les fautes personnelles, commises hors du service ou en service, qui engage l'agent sur son patrimoine personnel, avec application, par le juge judiciaire des règles de droit civil et les fautes de service qui, commises par ces agents, l'ont été à l'occasion d'action faites pour le compte de l'administration. Elles sont rattachées au service responsable par application des mécanismes du droit administratif et relèvent du juge administratif.

364. Tout comme le droit pénal, le droit administratif fait donc référence à une faute subjective de nature à engager la responsabilité personnelle de l'agent. C'est en effet, l'attitude de l'auteur, au moment de l'acte que le juge doit prendre en considération, ce qu'il pensait et ce dont il avait conscience.

365. Une simple erreur commune à la profession ne saurait suffire à engager la responsabilité personnelle du médecin. Le droit administratif, au regard de la faute personnelle, considère que l'activité de l'administration peut être créatrice de risques et que si ces derniers viennent à arriver, elle doit faire en sorte de les assumer. Les médecins n'étant que de simple agent au service de cette administration, ne peuvent pas engager leur responsabilité sur leurs deniers personnels. Ceci ne pourrait être le cas que si leurs comportements ont outrepassé le cadre de la mission qui leur était impartie par l'établissement de soins. Les conséquences normales inhérentes à l'activité doivent donc être prises en charge par l'administration elle-même. A ce propos, Monsieur J. M. Clément soulignait que la médecine sous-entend constamment la notion de risque et qu'il ne peut y avoir de thérapie sans risques⁴⁰⁰. Seule, en fin de compte, les fautes graves et inadmissibles du médecin sont de nature à engager sa responsabilité personnelle.

³⁹⁹TC, 5 mai 1877, Laumonnier-Carriol, Rec. CE, 1877, p. 437, concl. Laferrière.

⁴⁰⁰J.M. CLEMENT et C. CLEMENT, *Cours de droit hospitalier*, Les études hospitalières, 2004, Tome 2, p. 112

366. Tout comme le droit pénal, le droit administratif opère une distinction entre la nature des fautes à l'origine du préjudice du patient. Selon Laferrière, il faut distinguer la simple erreur humaine que n'importe quel individu pourrait commettre de la faute grave inadmissible⁴⁰¹. La première devant être prise en charge par l'administration et la deuxième devant rester à la charge de l'auteur fautif. Cette distinction n'est pas sans rappeler la distinction faite par J. Penneau à propos de la distinction entre faute et erreur en matière de responsabilité médicale.

367. La faute n'est cependant pas le seul élément indispensable pour obtenir la condamnation d'un médecin fautif. La victime doit également apporter la preuve d'un lien de causalité. Cependant, si cette exigence est commune en droit français et en droit américain, la nature de ce lien est appréciée différemment.

SECTION II. L'EXIGENCE D'UN LIEN DE CAUSALITE EN DROIT FRANÇAIS COMME EN DROIT AMERICAIN

368. La réparation des dommages n'est pas uniquement subordonnée à la double existence d'un dommage (matériel, corporel ou moral), et d'un fait générateur de responsabilité. Encore faut-il que ce dommage se rattache à ce fait générateur de responsabilité par un lien de cause à effet. Ainsi, en droit français comme en droit américain, un justiciable ne peut pas obtenir une indemnisation s'il n'a pas pu démontrer le lien causal entre la faute et le préjudice subi⁴⁰².

369. Le lien de causalité n'est pas une simple notion de fait (cause génératrice du dommage), c'est avant tout une condition définie juridiquement. En droit français, les juges du fond doivent constater l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice, ils n'ont un pouvoir souverain d'appréciation que pour les éléments de preuve de la causalité⁴⁰³. Ces derniers sont au surplus soumis au contrôle de la Cour de cassation qui doit constater non seulement, la présence du rapport de causalité, mais aussi son existence réelle telle qu'elle a été relevée par le juge du fond. Ainsi, le rapport de causalité en tant que notion de droit, est de nature à être soumis au contrôle de la Haute juridiction⁴⁰⁴.

370. En droit américain l'exigence d'une proximate cause, lien de causalité, est également une notion de droit contrôlée, par les juges, mais c'est avant tout une notion de fait déterminée par le jury « *proximate cause requires proof of causation in fact and legal law (il est nécessaire de rapporter la preuve du lien de causalité en fait, mais aussi en droit)* ».

§1.La notion de lien de causalité en droit français : l'exigence d'un caractère direct et certain

⁴⁰¹Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^{ème} ed., Tome I, p. 784. Il existe une véritable controverse doctrinale à propos de l'identification de la faute personnelle en droit administratif. Cependant, la théorie la plus classique s'exprime dans la formule proposée par Laferrière dans ses conclusions sur l'affaire Laumonnier-Carriol de 1877. Dans cette conception essentiellement subjective, la faute personnelle apparaît comme étant en quelque sorte, et selon O. DUPEUROUX, celle qui est « signée ».

⁴⁰²Etats-Unis, Bishop v/ S.C. Dep't of Mental Health, 331 S.C. 79, 86, 502 S.E. 2D 78, 81 (1998)

⁴⁰³Cass. civ. 2^{ème}, 4 fév. 1970, Bull. Civ. 2, n° 37 ; Cass civ 2^{ème}, 9 juillet 1997, Resp civ et ass. 1997, n° 327

⁴⁰⁴L'exercice du contrôle semble remonter à Cass. civ., 7 août 1895, DP 1896, 1, p. 82.

371. La responsabilité du médecin français ne peut être établie que si la victime apporte la preuve d'un lien de cause à effet entre la faute de ce dernier et son préjudice. Ce lien doit être certain et direct. Ainsi, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 9 novembre 1999, une personne ne peut être déclarée responsable que « *si ce fait est de façon certaine à l'origine directe du dommage* »⁴⁰⁵.

372. Pourtant, en matière de responsabilité médicale, le concept de causalité est très difficile à cerner en raison de situations très différentes pouvant être à l'origine⁴⁰⁶ des préjudices. Ainsi, « (...) *la mise en œuvre de cette troisième condition serait relativement aisée si le dommage était rattachable à une cause unique, facilement identifiable. Mais dans l'immense majorité des cas, un événement accidentel est la résultante de plusieurs facteurs dont la conjonction est nécessaire à la production du dommage* »⁴⁰⁷. En effet, le caractère multifactoriel de certains préjudices, soulève des difficultés relatives au caractère direct et certain du lien de cause à effet, auxquelles la jurisprudence a su remédier au travers d'une théorisation plus ou moins abstraite de la notion de causalité (I) ainsi qu'au travers de la théorie de la perte de chance (II).

I. Les théories jurisprudentielles françaises sur la notion de causalité

373. En droit français, la nécessité d'un lien direct de cause à effet, entre la faute et le dommage impose que la responsabilité soit de droit privé ou de droit public. En matière contractuelle, l'article 1151 du Code civil, exclut la réparation des préjudices indirects⁴⁰⁸. De même, la jurisprudence décide que le préjudice indemnisable doit être la conséquence directe, la suite nécessaire du fait ou de l'acte dommageable⁴⁰⁹. Le caractère direct du lien de causalité en matière de responsabilité délictuelle résulte de l'article 1382 du Code Civil et comme en matière contractuelle, la jurisprudence exige une relation directe de cause à effet entre la faute et le dommage⁴¹⁰. Ainsi, elle précise que le lien de causalité doit être expressément constaté, car il ne suffit pas pour la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice, il lui faut encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le préjudice⁴¹¹. Le préjudice indemnisable doit donc être la conséquence directe, la « *suite nécessaire* » du fait ou de l'acte dommageable⁴¹².

374. Pourtant, il existe des hypothèses où le lien de causalité entre la faute et le préjudice, n'est pas directement identifiable et dans ce cas, aucune indemnisation n'est envisageable. Afin de rééquilibrer le droit à réparation de certaines victimes, la jurisprudence a donc développé plusieurs théories dans le but d'identifier le lien de cause à effet entre le préjudice et le fait dommageable.

⁴⁰⁵Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1999, Bull. 1999, I, 300, p. 195, pourvoi n° 98-10010

⁴⁰⁶Ici, l'origine du dommage ne s'entend pas de la faute, fait générateur du dommage. Le terme « origine » fut délibérément choisi par le Cour de cassation dans son arrêt du 9 novembre 1999 précité, le préférant ainsi au terme de « cause ». Le caractère délibéré de ce choix fut expressément précisé dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 1999, p. 400

⁴⁰⁷B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Obligations, Responsabilité délictuelle*, Tome I, Litec, 5^{ème} ed., 1996, n°1056

⁴⁰⁸C. civ. art. 1151

⁴⁰⁹Cass. civ. 1^{ère}, 30 sept 1997, Bull. Civ. I, n°259 ; D.1997, IR, 217 ; JCPG 1998, I, 144

⁴¹⁰CA de Riom, 10 fév. 1994, JCPG., 1995, IV, 99

⁴¹¹CA Paris, 13 déc. 1996, Gaz. Pal. 1998, 1, somm. p. 68. Le lien de causalité n'est pas établi entre l'absence de radiographie et le préjudice subi.

⁴¹²R-J. POTHIER, *Traité des obligations*, éd. D. 1821, n° 166 et s..

375. Ainsi, dans le but d'identifier la relation causale dans la réalisation du dommage, la jurisprudence française a tantôt recours à la théorie de l'équivalence des conditions, tantôt à la théorie de la causalité adéquate. La théorie de l'équivalence des conditions considère que tous les éléments qui ont conditionné le dommage sont équivalents. Ainsi, chacun des éléments en l'absence duquel le dommage ne serait pas survenu, est la cause du dommage. La théorie de la causalité adéquate considère au contraire, que tous les antécédents d'un dommage n'ont pas eu le même rôle dans sa réalisation. Il faut alors se demander s'il était objectivement possible que tel fait provoquerait tel préjudice. Si tel est le cas, il faudra alors appliquer la théorie de la causalité adéquate. Ce qui importe ce n'est pas que les conséquences de l'acte soient prévisibles, mais qu'un fait apparaisse comme ayant objectivement provoqué le dommage. Dès lors, seuls peuvent être retenus comme causes, les événements normalement préjudiciables. Pour qu'un fait soit qualifié de "cause", il faut qu'il existe entre l'événement et le dommage un rapport "adéquat", et pas seulement fortuit.⁴¹³

376. La théorie de « l'équivalence des conditions » présente l'incontestable avantage d'être la plus simple à appliquer⁴¹⁴. Cependant, selon les circonstances, elle peut conduire soit à retenir une multitude de causes, soit à une impasse. Cette théorie pourrait en effet, obliger le juge à retenir des causes fort lointaines du dommage, dès lors qu'elles ont été les conditions nécessaires à sa réalisation. Une infinité de personnes pourrait donc répondre d'un même dommage. Ce risque ne concerne toutefois principalement, que les responsabilités sans faute. Dans les responsabilités objectives, en effet, ne sera retenu que l'antécédent nécessaire fautif, sans lequel le dommage ne se serait pas produit. Par ailleurs, lorsque la cause du dommage est inconnue, ou si le doute persiste dans l'esprit du juge sur le caractère indispensable de l'intervention d'un fait dans la production du dommage, l'équivalence des conditions risque de conduire à une impasse. Faute de certitude sur le caractère causal d'un fait, le juge doit rejeter la demande en réparation, alors pourtant que le résultat dommageable s'inscrivait logiquement dans la suite normale des événements.

⁴¹³H., L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, Montchrestien, 6^{ème} éd, 1970, n° 1441

⁴¹⁴G. VINEY, P. JOURDAIN, J. GHESTIN, *Les conditions de la Responsabilité*, Traité de droit civil, 3^{ème} ed., 2006, LGDJ n°339

377. La théorie de la causalité adéquate offre l'avantage de répondre à ces critiques, puisque en limitant le nombre des causes juridiques du dommage, elle empêche, a-t-on dit, la théorie du risque de « tourner à l'absurde »⁴¹⁵. En effet, l'intérêt de la causalité adéquate, est de permettre de choisir parmi les événements à l'origine du dommage, ceux qui ont joué un rôle efficient indépendamment de l'identification d'une faute. La recherche de la causalité adéquate, justifie la notion de responsabilité fondée sur le risque, sans rendre cette dernière inapplicable du fait d'un trop grand nombre d'intervenants⁴¹⁶.

II. Le développement de la théorie de la perte de chance

378. Tout comme il est parfois difficile d'identifier l'origine directe du préjudice, il peut être tout aussi complexe de rapporter la preuve de la certitude du lien de cause à effet, entre le fait dommageable et le préjudice. Ainsi, pour permettre à la victime d'être indemnisée, la jurisprudence a peu à peu développé la théorie de la perte de chance. En effet en matière de responsabilité médicale, cette théorie conduit à résoudre l'éternel conflit opposant l'incertitude de l'amélioration de l'état de santé du patient si la faute n'avait pas eu lieu, et la certitude que cette faute a privé ce dernier d'une chance de guérison.

379. En matière de responsabilité médicale, la théorie de la perte de chance fut pour la première fois énoncée dans un arrêt du Conseil d'Etat du 24 avril 1964, Hôpital Hospice de Voiron, au terme duquel la haute juridiction administrative avait admis que le personnel soignant avait « *compromis les chances qu'avaient le sieur R. d'éviter l'amputation* »⁴¹⁷. Allant dans le sens de cette décision, la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 décembre 1965⁴¹⁸, admis elle aussi que la réparation du préjudice d'un malade pouvait se faire sur le fondement de la perte d'une chance. C'est cependant véritablement l'arrêt Faivre du 27 janvier 1970⁴¹⁹ qui fut le premier à énoncé clairement la réparation de la perte de chance, dans un attendu de principe désormais célèbre : « *Mais attendu qu'un seul préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue(...)* ». Cet arrêt de principe avait ouvert une véritable possibilité pour les victimes dont le dommage était certain mais trop abstrait, d'obtenir une indemnisation. Ainsi, la Cour de cassation fut par la suite, amenée à retenir l'indemnisation pour la perte d'une chance à plusieurs reprises et dans des hypothèses différentes. Dès lors, la persistance fautive dans un diagnostic erroné est de nature à engager la responsabilité d'un professionnel de santé⁴²⁰. Il en est de même en cas de retard fautif d'un médecin dans la prescription d'examen⁴²¹.

⁴¹⁵J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil*, Les obligations, T.2, Le fait juridique, A. Colin, 10^{ème} ed., 2003, n°160

⁴¹⁶*Ibid.*, n° 158

⁴¹⁷C.E. 24 avr.1964, Hôpital Hospice de Voiron, Rec. CE, p. 260

⁴¹⁸Cass. civ. 1^{ère}, 14 dec. 1965, Bull. 1965, I, 707 ; JCP G 1966, 2, 14752, note R. SAVATIER

⁴¹⁹Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1970, Bull. 1974, I, 37, JCP G 1974, 2, 16422, note A. RABUT

⁴²⁰Cass. civ. 1^{ère}, 8 janv. 1985, Bull. 1985, I, 10 ; D. 1986. 390 note J.PENNEAU

⁴²¹Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1970, Bull. 1970, I, 301, à propos du retard fautif d'un examen radiographique qui avait fait perdre à une femme « une chance d'éviter le préjudice dont elle se plaignait

380. Cependant, le développement de la théorie de la perte de chance en matière de responsabilité médicale ne doit pas mettre à mal les caractères direct et certain du lien de cause à effet. Ainsi, l'indemnisation de cette dernière n'est possible que si la victime rapporte la preuve d'un rapport en certitude entre la faute et la perte de chance alléguée. A ce propos, la Cour de cassation a pu exiger de ce rapport qu'il soit caractérisée : « *une perte de chance certaine et en relation directe avec la faute retenue* »⁴²².

381. Dès lors, il est nécessaire qu'existe réellement une chance de guérison que le praticien a fait perdre, car l'indemnisation d'une perte de chance purement hypothétique est impossible⁴²³. D'autre part, la perte de chance ne doit pas venir compenser les difficultés qu'aurait une victime d'amener la preuve du lien de causalité⁴²⁴.

382. Nous assistons à une véritable « objectivation » de la perte de chance, conçue comme un préjudice autonome, né du seul fait que le patient n'a pas eu les soins auxquels il pouvait normalement prétendre. La victime, ou ses ayant droits, obtiendra, dès lors, réparation en démontrant que par la faute du médecin, elle a perdu des chances importantes d'être mieux soignée⁴²⁵. Une fois établie, cette perte de chance est indemnisable de manière autonome et ne se confond pas avec le préjudice lui-même.

383. Aux Etats-Unis, les tribunaux ont adopté la même position qu'en France afin d'optimiser les chances de réparation des victimes pour lesquelles il était difficile d'apporter la preuve d'un lien de causalité⁴²⁶. Ce dernier est en effet, comme en droit français, une condition déterminante dans la réparation du préjudice.

§2.La notion de lien de causalité en droit américain

384. En droit américain, l'établissement du lien de causalité est double. Le demandeur doit d'abord rapporter la preuve que l'action ou l'omission d'agir a été la cause matérielle du dommage *cause in fact*, et ensuite démontrer que cette cause matérielle est également la cause légale ou directe de ce même préjudice (I). Cette dernière cause est appelée *proximate cause*. Cette conception du lien de causalité est en apparence, proche de la notion française du lien de causalité dont la preuve est appréciée souverainement par les juges du fond, mais dont les éléments sont au surplus soumis au contrôle de la Cour de cassation qui doit constater le rapport de causalité, en tant que notion de droit⁴²⁷. Les notions françaises et américaines du lien de causalité présentent donc d'incontestables similitudes (II).

⁴²²Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, Bull. 2004, I, 171 ; D; 2004. 2682, note DUVAL-ARNOULD

⁴²³Cass. civ. 1^{ère}, 10 janv. 1990, Bull. 1990, I, n°10

⁴²⁴Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1982, JCP G 1983, 2, 20056, note M. SALUDEN

⁴²⁵Cass. 2^{ème} civ., 24 janv. 1996, Gaz. Pal. 1997, 2, 630, note J. BONNEAU.

⁴²⁶Etats-Unis, E.G. Lord v/ Lovett, 770 A2d 1103 (NH 2001) ; Delany v/ Cade, 255 Kan, 199 873 P2d 175 (1994)

⁴²⁷L'exercice du contrôle semble remonter à Cass. civ., 7 août 1895, DP 1896, 1, 82 ; S. 1896, I, 128. Cependant, la Cour de cassation ne contrôle pas l'existence des faits constatés par les tribunaux, ni en principe l'appréciation des éléments de preuve (excepté en cas de dénaturation). Le contrôle porte sur la qualification juridique des faits souverainement constatés et appréciés par les juges du fond.

I. *Factual and légal causation en droit américain*⁴²⁸

385. En droit américain, la victime qui souhaite engager la responsabilité de l'auteur de l'acte, devra apporter la preuve de deux éléments de causalité. Elle devra ainsi prouver l'évènement de fait (l'acte en soi) qui est à l'origine du préjudice subi et sans lequel, l'état de la victime n'aurait pas été ce qu'il est, mais aussi l'élément de droit, c'est-à-dire la présence du rapport de causalité.

386. Le droit américain considère en effet, que la conduite du défendeur ne peut être considérée comme une cause du préjudice, que s'il a préalablement été établi que celle-ci est au moins une condition du préjudice. Il est donc fait une place très importante, à la recherche de l'implication du défendeur dans la création du préjudice. Il s'agit de la *cause in fact* ou la cause scientifique dont la preuve est apportée par la théorie de la condition *sine qua non*⁴²⁹ ou du *but for test*.

387. Cette théorie consiste en l'application d'un test négatif au terme duquel il faut se demander ce qu'il serait advenu en l'absence de la faute du défendeur⁴³⁰. Ainsi, dans l'éventualité où le préjudice aurait été encouru même en l'absence de l'acte fautif, la responsabilité du défendeur pourrait ne pas être engagée⁴³¹.

388. Cependant, cette appréciation du lien de causalité en *common law* n'est pas assez précise et peut donc, laisser l'auteur du dommage s'en tirer à bon compte. C'est notamment le cas lorsqu'une pluralité de causes entre en jeu dans la production du dommage. Ainsi, le défendeur pourra tout à fait invoquer pour sa défense, que le préjudice de la victime est la résultante d'une multitude de causes et qu'en conséquence, le dommage serait quoiqu'il arrive intervenu⁴³². Il revient alors au défendeur d'être plus explicite dans la détermination du lien de causalité, c'est en ce sens qu'intervient la *causation in law ou proximate cause*.

389. Afin de mettre en oeuvre la responsabilité du professionnel fautif, le demandeur devra dans un second temps, rapporter la preuve que la faute du défendeur est la cause directe du dommage. La notion de *proximate cause* est difficile à cerner, car elle dépend essentiellement de la conception que se font le jury et le Tribunal de l'implication de l'acte fautif dans la réalisation du préjudice. En effet, lorsque le jury est amené à trancher un litige et à identifier le lien de cause à effet, il doit se demander si dans des circonstances équivalentes, une personne standard aurait pu prévoir, si l'action du défendeur allait être la cause « directe » du préjudice.

⁴²⁸Le lien de causalité, notion de fait et notion de droit en droit américain

⁴²⁹La terminologie adoptée par le droit américain à propos de la *condition sine qua non* est le *but for test*, elle signifie que la cause est l'évènement en l'absence duquel le dommage ne se serait pas produit

⁴³⁰Etats-Unis, F. McCELLAN, *Medical malpractice law Tactics and ethics*, Temple Univ. Press, 1994, pp. 43-44

⁴³¹Etats-Unis, Mortensen v/ Mem'l Hospital, 105 A.D.2d 151, 154, 156-157 (1st Dep't 1983)

⁴³²Etats-Unis, L. KOURHY, *Uncertain causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 20 et s.

390. Il doit se demander si le préjudice peut être une conséquence indirecte et lointaine d'une chaîne d'évènements comprenant l'action du défendeur, mais qui n'en est pas le résultat direct. La notion de *proximate cause* repose donc, sur des considérations morales et d'équité qui pourraient influencer le jury. En effet, lorsqu'il y a un doute sur l'acte qui a pu raisonnablement être à l'origine du dommage, c'est au jury qu'en revient l'appréciation⁴³³.

391. Dès lors, le demandeur devra apporter la preuve que l'acte fautif a eu un rôle prévisible dans la réalisation du dommage. La prévisibilité du dommage est en effet, une condition préalable à la mise en œuvre de la responsabilité. Ainsi, la personne fautive ne pourra être mise en cause, que s'il a été prouvé que son préjudice est une cause naturelle et probable de l'acte fautif⁴³⁴. La détermination du lien de cause à effet est donc très délicate. Elle l'est encore plus, lorsque la survenance du dommage est liée à de multiples causes, puisqu'il est encore plus compliqué de déterminer quelle a été la relation causale dans la réalisation du dommage. La loi reconnaît en effet, que le dommage peut résulter de différentes causes et qu'à cet effet, la faute du médecin peut très bien ne pas être la seule raison du préjudice de la victime.

392. Cependant, le lien de causalité doit reposer sur une cause substantielle dans la réalisation du dommage⁴³⁵. Cette cause doit donc être d'une importance telle, qu'on peut raisonnablement penser qu'elle est à l'origine de l'acte dommageable.

393. Le *Black law dictionary* définit, en effet, le lien de causalité comme « *la cause raisonnable, celle ayant nécessairement entraîné les autres évènements qui ont eu un rôle causal dans la réalisation du dommage* »⁴³⁶. Il admet donc, tout comme en droit français, que le dommage peut être la résultante de plusieurs évènements ayant chacun eu un rôle causal. Ainsi, le droit américain précise que le dommage ne doit pas nécessairement être la résultante immédiate de l'acte fautif⁴³⁷, mais le juge devra se référer à celles des causes ayant eu un rôle déterminant dans sa réalisation. Cette conception est donc proche de celle de la causalité adéquate en droit français, selon laquelle il faut se demander s'il était objectivement possible de penser, que tel fait provoquerait normalement cet effet dommageable.

394. Pour autant, il est admis en droit américain, que dès qu'un événement s'est interposé dans l'enchaînement causal et qu'une rupture est intervenue, le dommage n'est pas réparable, car la causalité est indirecte. Cette rupture en droit américain est traduite par *Breaking the chain of causation* (*césure de la chaîne de la causalité*). Dans ce cas, il y a rupture du lien de causalité par la survenance d'une nouvelle action. C'est le cas lorsque la victime, un tiers intervient spontanément dans la chaîne des évènements précédents le dommage.

⁴³³Etats-Unis, *Ballou v/ Sigma Nu General Fraternity*, 291. S.C. 140, 147, 352 S.E 2d 488, 493 (Ct. App. 1986)

⁴³⁴Etats-Unis, *Hubbard v/ Taylor*, 339 S.C. 582, 589, 529 S.E.2d 549, 552 (Ct. App. 2000) « (...) nothing legal cause is proved « if the defendant should have foreseen that his negligence would probably cause injury to someone ».

⁴³⁵Etats-Unis, *Kennedy v/ Peninsula Hospital*. 135 A.D 2d. 788, 792 (2d Dep't 1987) ; *Ledogar v/ Giordano*, 122 A.D.2d 834, 837 (2d Dep't 1986)

⁴³⁶Etats-Unis, H. CAMPBELL BLACK, *Black law Dictionary Definition of the terms of American and English jurisprudence ancient and modern*, 4th ed, West publishing, 1968, p. 139, « (...) The efficient cause, the one that necessarily sets the other causes in operation »

⁴³⁷Etats-Unis, T.A. MOORE, *American law of medical malpractice, the basis in law*, Westlaw, 2003, chapter 2, §24, 2:1.4

395. Toutefois la rupture totale du lien de causalité et la décharge corrélative de l'auteur de la faute ayant entraîné toutes autres fautes qui ont participé au dommage, n'intervient que si le fait d'un tiers ou celui de la victime est d'un degré de gravité égal ou supérieur à la faute initiale. Dès lors, si la faute de la victime ou du tiers est la conséquence directe du premier acte fautif, la personne qui en est l'auteur, ne pourra pas se voir exonérée de toute responsabilité⁴³⁸.

II. Éléments de comparaison entre le droit français et le droit américain dans l'appréciation du lien de causalité

396. En premier lieu, il est possible de rapprocher la conception américaine de la *causation in law* (causalité légale) de la théorie française de la causalité adéquate. En effet, il a précédemment été expliqué que la causalité légale fut introduite à partir de l'idée, que chaque personne est capable de déterminer à l'avance quel serait l'impact de son acte dans la réalisation d'un dommage et que le demandeur doit apporter la preuve que l'acte fautif a eu un rôle prévisible dans la réalisation du dommage. Cette conception se rapproche incontestablement de la théorie de la causalité adéquate selon laquelle il faut retenir la cause qui a eu un rôle prévisible dans la réalisation du dommage. A ce propos, le Doyen Carbonnier observait que cette dernière introduisait dans la recherche de la cause, un critère de « raisonabilité » et qu'on pouvait la considérer comme une variante de la théorie de la « prévisibilité » pratiquée en *Common law*⁴³⁹.

397. Ainsi, le droit américain comme le droit français, retiennent l'élément ayant objectivement provoqué le dommage, celui qui est normalement à son origine⁴⁴⁰. Les deux législations raisonnent en terme de logique et considèrent que seul un événement dommageable adéquat, peu importe qu'il soit la cause proche ou lointaine, peut être considéré comme l'origine du préjudice.

398. Il faut toutefois remarquer, que si le droit français part de la cause pour se demander si elle est adéquate, le droit américain au contraire, part du préjudice, pour ensuite se demander s'il était prévisible. Pour autant, lorsque la cause du dommage est difficile à déterminer, le critère de la « raisonabilité » risque de conduire à une impasse. Cette dernière est cependant corrigée Outre-Atlantique par l'intervention du jury, chargé de déterminer la relation causale à partir des faits, chose qu'il ne serait pas possible de réaliser en droit français.

399. Si le droit français et le droit américain se rapprochent sur la conception directe du lien de causalité, on ne peut pas en dire autant concernant la certitude de ce dernier. En droit français, en effet, quel que soit l'analyse de la causalité retenue, le lien de causalité doit être certain. Ainsi, la Cour de cassation ne manque pas de censurer les arrêts qui ne constatent pas l'existence d'un lien de causalité ou qui retiennent la responsabilité, alors qu'il demeure une incertitude sur la cause du dommage⁴⁴¹. Cette incertitude tient autant aux personnes auteurs du dommage qu'à la production du dommage lui-même.

⁴³⁸Etats-Unis, Home Office v/ Dorset Yacht Co Ltd. (1970) AC 1004

⁴³⁹J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, PUF, Thémis, 8^{ème} éd., p. 323

⁴⁴⁰H., L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, Montchrestien, 6^{ème} éd, 1970, n° 1441

⁴⁴¹P. le TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, D., éd. 2002/2003, n°1719, 1720 et 1775

400. En droit américain, au contraire, la loi n'exige pas que le plaignant établisse la preuve d'un lien de causalité avec certitude. Il doit simplement démontrer qu'il existe une *proximate cause*, traduit littéralement par la cause proche. Ainsi, ce lien de proximité doit être déduit raisonnablement et non pas avec certitude *The law does not require the plaintiff to establish proximate cause with certainty*⁴⁴². La victime ne doit donc pas établir que le lien de cause à effet entre l'acte fautif et le préjudice soit certain, pour autant, elle ne doit pas simplement se fonder sur une simple possibilité. Cette règle semble particulièrement adaptée à la responsabilité médicale, domaine de science inexacte, où chaque acte est susceptible d'entraîner des conséquences non maîtrisables et donc incertaines. Il importe donc pour la victime d'apporter la preuve d'une cause possible et non d'une cause certaine⁴⁴³.

401. Enfin en droit américain comme en droit français, il est parfois très difficile pour la victime d'apporter la preuve d'un lien de causalité certain. Les juridictions américaines ont alors admis, comme c'est le cas en droit français que les victimes pouvaient être indemnisées au titre de la perte d'une chance, *loss of chance*.

402. La victime ou ses ayant-droit, n'ont pas, dans ce cas, à apporter la preuve d'un lien de cause à effet entre la faute et le dommage, ils doivent simplement démontrer que le médecin qui a commis une faute dans l'exercice de son art, leur a fait perdre une chance de guérir ou de rester en vie. Cette perte de chance doit pour le droit américain, être d'un pourcentage relativement élevé. Les juges considèrent en effet, qu'un faible pourcentage n'est pas de nature à permettre l'indemnisation de la victime⁴⁴⁴. En droit français, la jurisprudence admet l'indemnisation du patient qui a subi la perte d'une chance d'améliorer son état de santé. Ainsi, dès l'instant où la victime a apporté la preuve d'une perte de chance sérieuse d'avoir pu être mieux soignée, le juge peut octroyer une indemnisation à partir de la seule constatation du préjudice subi.

SECTION III. LE PREJUDICE, UNE NOTION COMMUNE

403. Concernant la notion de préjudice en droit français, nous parlerons indistinctement de la notion de préjudice et de dommage. En effet, il est d'usage, en droit interne, de tenir pour synonymes les termes de dommage et de préjudice (le premier est apparu dans la langue française au XI^e siècle, le second au XIII^e siècle)⁴⁴⁵. Les auteurs saisissent généralement le dommage dans un sens large comme étant l'atteinte à un intérêt.

⁴⁴²Etats-Unis, *Kennedy v/ Peninsula Hospital*. 135 A.D 2d. 788, 792 (2d Dep't 1987). The defendant departure was the proximate cause of the plaintiff's injury only to a reasonable medical probability, not to a reasonable medical certainty

⁴⁴³Ibid.

⁴⁴⁴Etats-Unis, *E.G Wallace v/ St Francis Hospital and Med. Center*, 44 Conn. App. 257, 688 A2d 352 (1997)

⁴⁴⁵L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, Thèse Poitiers, 1983, n 288-289 et n 323-329 ; C. CALFAYON, *Essai sur la notion de préjudice*, Thèse Paris I, 2007

404. En droit américain cependant, la distinction des deux termes est plus évidente. Le dommage désigne la lésion subie (un fait brut et matériel) appréciée de façon objective, tandis que le préjudice est la conséquence juridique et subjective de la lésion qui se concrétise dans les répercussions subjectives du dommage sur la personne et/ou sur les biens. Une atteinte à l'intégrité physique, c'est-à-dire un dommage corporel, peut ainsi engendrer un préjudice patrimonial (comme la perte de salaires, des frais médicaux et d'hospitalisation...) et un préjudice extrapatrimonial (des souffrances morales, une diminution du bien-être...).

405. En matière de responsabilité pour faute médicale, la victime qui souhaite engager la responsabilité de son médecin doit apporter la preuve d'un préjudice. Cette règle commune en droit français et en droit américain, est une règle de droit commun qui n'est pas spécifique à la mise en œuvre de la responsabilité médicale (§1). Les préjudices de la victime peuvent revêtir différentes formes, ils peuvent être de nature patrimoniale et extrapatrimoniale, physique ou morale, mais ils peuvent également revêtir un caractère spécifique : c'est le cas des préjudices subis par un tiers, du préjudice lié à la naissance ou la réparation de la perte de chance (§2.)

§1.Nécessité d'un préjudice (injury) à l'engagement de la responsabilité pour faute médicale

406. La mise en cause du professionnel de santé n'est possible que si l'existence d'un préjudice a été démontrée. Les caractéristiques de ce dernier sont très proches en droit français (I) et en droit américain (II).

I. La notion de préjudice en droit français

407. Le droit civil comme le droit administratif requiert l'existence d'un préjudice à l'engagement de la responsabilité. En droit civil, cette condition est imposée par les articles 1382 et suivants du Code Civil en matière délictuelle et 1147 et suivants du même code en matière contractuelle. Ainsi, la responsabilité du médecin ne peut être engagée, qu'à la condition que la victime rapporte la preuve d'un préjudice présentant les caractères d'un dommage réparable. Il doit être certain c'est-à-dire non éventuel ou hypothétique, de source directe et personnelle. La preuve de ce dernier ne se présume pas, il doit être clairement établi. Auparavant, le droit français exigeait également que le préjudice réparable soit légitime. Ce critère a été abandonné par un arrêt de la chambre mixte du 27 Février 1970⁴⁴⁶.

408. Le caractère direct du préjudice, signifie que la faute médicale doit être la source directe du dommage. Ainsi, l'auteur du dommage ne doit pas réparer les conséquences trop lointaines du fait générateur, notamment celles qui ont une pluralité de causes. En somme, le caractère direct du dommage constitue moins un caractère du dommage réparable que le lien de causalité nécessaire entre le dommage et le fait générateur.

⁴⁴⁶Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, JCP G, 2, 16305, concl. R. LINDON et obs. PARLANGÉ ; D.1970, 201, note R. COMBALDIEU

409. Le préjudice doit être personnel c'est-à-dire que seul en principe, la victime du dommage peut en demander réparation. Cependant, le caractère personnel du dommage ne s'oppose pas à ce qu'un tiers puisse invoquer un préjudice qu'il subit personnellement du fait du préjudice subi par la victime directe. La réparation du préjudice par ricochet est en effet admise⁴⁴⁷.

410. La réparation du préjudice en matière médicale peut toutefois s'avérer très complexe. Il importe souvent de distinguer la part des dommages liés à l'état antérieur de la victime et la part relevant de la faute médicale, car seule cette dernière justifie une réparation. De même, dans certains domaines comme celui de la perte de chance⁴⁴⁸, la preuve du dommage étant plus difficile à apporter, la réparation de celui-ci est moins évidente. Ainsi, le médecin responsable doit réparer tout le préjudice subi par la victime, afin de la replacer dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit. Leur évaluation doit se faire *in concreto* c'est-à-dire qu'elle tient compte de la personnalisation du dommage, à la fois dans la stricte détermination du préjudice subi et dans son évaluation.

411. Le préjudice est apprécié par le juge dans le cadre de son pouvoir souverain, le plus souvent à la suite d'une expertise amiable ou judiciaire permettant de décrire ou d'évaluer les atteintes subies⁴⁴⁹. Cette appréciation peut également se faire au vu de la présentation de certificats médicaux.

412. Toutefois, il appartient à la victime d'établir les préjudices qu'elle a subis, sachant qu'elle n'est pas tenue d'en limiter l'étendue en faveur de la personne responsable⁴⁵⁰.

II. La notion de préjudice en droit américain

413. Tout comme en droit français, le droit américain exige pour la mise en œuvre de la responsabilité du médecin, la démonstration d'un préjudice *injury*. Il convient avant tout d'apporter une précision sur les termes juridiques employés.

414. Le droit français ne fait pas de nette distinction entre la notion préjudice et la notion de dommage. Pourtant à strictement parler, le dommage est le fait brut originaire de la lésion affectant la personne, par opposition à la conséquence de cette lésion qui correspondrait au préjudice⁴⁵¹. Le droit français utilise donc indifféremment le terme de préjudice ou de dommage pour parler des conséquences de l'acte fautif.

415. Le droit américain fait au contraire, une différence entre le dommage et le préjudice. Le fait dommageable (la faute) est défini sous le concept d'*injury* alors que la réparation de ce dernier (le préjudice en droit français) est connu sous le terme de *damage*, à ne pas confondre donc avec la notion de dommage en France.

⁴⁴⁷L'exigence d'un préjudice personnel est une transcription de l'article 31 du nouveau Code de procédure civile qui énonce que l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention

⁴⁴⁸Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, D. 2003. 2326, note J-P. CHAZAL ; D. 2004.1346, obs. D. MAZEAUD

⁴⁴⁹Cass. chambre mixte, 6 sept. 2002 ; D. MAZEAUD, « D'une source à l'autre... », D. 2002.2963

⁴⁵⁰Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, Bull. 2003, p. 171, pourvoi n° 00 22 302

⁴⁵¹G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 2001 ; R. GUILLIEN, J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, L. BOYER, *Lexique des termes juridiques*, Petits codes Dalloz, D., 14^{ème} éd., p 220

416. Les *damages*, aux Etats-Unis représentent la réparation du préjudice par une compensation financière des lésions subies par la victime. L'*injury* quant à lui, est défini comme un heurt fait à une personne⁴⁵². Ainsi comme en droit français, la victime d'une faute médicale aux Etats-Unis devra rapporter la preuve d'un *injury*, afin d'engager la responsabilité du professionnel. Ce préjudice se déduira de l'état physique et mental du patient. Ce qui équivaut à la nécessité d'un dommage certain, tel qu'il est défini en droit français. L'état physique ou mental dégradé de la victime par rapport à son état initial n'est cependant pas une condition suffisante à la preuve de l'existence d'un préjudice. Cet état doit être la résultante de l'acte dommageable. Il est ainsi très difficile de le distinguer très clairement du lien de causalité, condition également nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité⁴⁵³. Cet aspect du préjudice est à rapprocher de l'exigence d'un caractère direct du préjudice en droit français qui est aussi très largement confondu avec la notion de lien de cause à effet⁴⁵⁴.

417. Dans la plupart des cas, la victime apportera la preuve de son préjudice en comparant son état physique antérieur à son état physique postérieur à l'intervention médicale. Elle démontrera ainsi, que n'importe quelle personne se trouvant dans la même situation, et ayant bénéficié de soins identiques, ne se serait pas trouvée dans l'état dans lequel elle se trouve.

§2.Des catégories identiques de préjudices réparables en droit français et en droit américain

418. Le préjudice en droit français comme en droit américain, peut se présenter sous différentes formes. Il peut ainsi être de nature patrimoniale (I) ou extrapatrimoniale (II) et concerner aussi bien, les victimes directes que les victimes par ricochet (III), mais le dommage peut également être spécifique à l'activité médicale (IV). Le droit français distingue généralement les dommages de droit commun des dommages spécifiques à l'activité médicale. Ce dernier type de préjudice peut consister en la perte de chance de guérison ou d'amélioration de son état de santé ou bien, être éprouvé au cours d'une grossesse ou de la mise au monde d'un enfant handicapé.

419. La *Common law*, fait également la distinction entre les dommages communs et les dommages spécifiques. Cette distinction repose, tout comme en droit français, sur le caractère quantifiable du préjudice. Ainsi sont attribués en réparation du préjudice direct de la victime, les *general damages*. Ce préjudice inclut les pertes financières comme le manque à gagner mais également les préjudices non patrimoniaux, telles que les souffrances subies. En définitive, ils s'apparentent complètement à la distinction que fait le droit français entre les dommages patrimoniaux et non patrimoniaux. Aux côtés des *general damages*, le droit américain compte les *specific damages* qui résultent de circonstances de l'espèce et de la demande de réparation qui est faite par le demandeur. Tout comme les préjudices spécifiques du droit français, ils peuvent être consécutifs à la perte d'une chance ou la naissance d'un enfant handicapé.

⁴⁵²Etats-Unis, H. CAMPBELL BLACK, *Black law Dictionary Definition of the terms of American and English jurisprudence ancient and modern*, 4th ed, West publishing, 1968, p 925

⁴⁵³Etats-Unis, T.A. MOORE, *American law of medical malpractice, the basis in law*, Westlaw, 2003, chapter 2, §22, 2 : 1.3

⁴⁵⁴**Ibid.**

420. En droit français comme en droit américain, ces derniers chefs d'indemnisation représentent une partie très sensible de la réparation du dommage, car elle évolue au gré des mœurs et de la jurisprudence. Ainsi en matière médicale, on a parfois pu recourir abusivement à la notion de perte de chance, afin de permettre l'indemnisation de préjudices pour lesquels la victime ne parvenait pas à rapporter la preuve d'un lien de causalité. De même, la réparation du préjudice lié à la naissance a été et est toujours, sujet à des controverses doctrinales et jurisprudentielles.

I. Les dommages patrimoniaux, *economic losses*

421. En droit français comme en droit américain, lorsque le préjudice présente un caractère patrimonial, il porte atteinte à l'avoir de la victime, selon l'expression de Madame Y. Lambert-Faivre⁴⁵⁵. Il s'agit d'un préjudice économique qui se traduit par un appauvrissement du patrimoine de la victime directe et s'analyse d'une part en *damnum emergens* (pertes subies) et d'autre part, en *lucrum cessans* (gains manqués).

422. Les pertes subies par la victime directe, comprennent toutes les dépenses de santé consécutives à la faute médicale. Ainsi sont pris en compte : les frais chirurgicaux, médicaux, paramédicaux et pharmaceutiques, les frais d'hospitalisation de rééducation, tous les frais ayant dû être avancés par la victime en raison de son état dommageable. La plupart de ces dépenses sont habituellement prises en charge par les organismes sociaux, mais un reliquat peut cependant demeurer à la charge de la victime.

423. Les préjudices patrimoniaux comprennent également les gains manqués. Il est fréquent que la victime d'un acte médical fautif, exerçait au moment de la réalisation du dommage, une activité professionnelle qu'elle a dû interrompre. Il en résulte dès lors, une perte de salaire et de revenus. C'est l'incapacité temporaire de travail qui manifeste l'impossibilité transitoire de la victime d'exercer son activité professionnelle. Elle peut être totale ou même partielle, si elle permet à la victime d'exercer une activité à temps partiel. Dans tous les cas, elle est évaluée en fonction du cas d'espèce. Ainsi, les gains manqués et les pertes subies par la victime consécutifs à l'acte dommageable, sont de nature à permettre à cette dernière de demander leur compensation financière lors d'un procès en responsabilité médicale.

424. En droit américain, le principe est le même. Toute personne ayant subi un dommage par la faute d'une autre, peut prétendre à sa réparation. Le *Restatement of tort, en son § 903* énonce que des dommages et intérêts compensatoires seront alloués tant pour les que pour les *pecuniary losses* (préjudices économiques), et les *non pecuniary losses* (préjudices non économiques). Concernant les préjudices à caractère patrimonial, seront indemnisés : les préjudices physiques et tous les autres préjudices ayant entraîné un mal économique pour la victime ou ses ayant-droits⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*, D., 4^{ème} éd., n° 98

⁴⁵⁶Etats-Unis, *Seffert v/ Los Angeles Transit Lines*, [364 P.2d 337](#) (Cal. 1961) ; *Restatement of the law, second, Torts §. 903* « Compensatory damages are awarded to a person to indemnify for personal injury, property, and other economic harm sustained by the victim ». Compensatory damages are awarded for both pecuniary and non-pecuniary losses. Unlike economic loss, pain and suffering, and other forms of mental distress have no obvious monetary equivalent. This valuation problem has generated controversy over the desirability of compensating for pain and suffering at all. .]

II. Les dommages extra-patrimoniaux, *emotional injury or mental distress*

425. Le préjudice corporel peut également faire naître des dommages extrapatrimoniaux. Parmi eux, on rencontre fréquemment le *pretium doloris* qui correspond traditionnellement aux douleurs physiques éprouvées avant la consolidation. Cependant la Cour de cassation⁴⁵⁷ n'hésite pas à faire figurer dans ce chef de préjudice les souffrances morales, lesquelles « *sont l'expression d'une détresse psychologique qui prend sa source dans l'accident* »⁴⁵⁸ et se manifestent notamment par des peurs, des névroses ou des dépressions. Fait également parti des préjudices non économiques le préjudice esthétique. Il s'agit des disgraces physiques persistantes après la consolidation telles que les cicatrices, les mutilations, les déformations. Il en est de même du préjudice d'agrément résultant de l'impossibilité pour la victime de se livrer à certaines activités correspondant aux plaisirs de la vie familiale et sociale, à la pratique d'un loisir ou d'un sport. Ce type de préjudice doit être apprécié *in concreto* en tenant compte de tous les paramètres individuels de la victime⁴⁵⁹. Le préjudice sexuel est aussi un préjudice qualifié de préjudice extra-patrimonial. Il correspond au préjudice lié à la libido, la faculté de pratiquer l'acte sexuel ou de procréer. Enfin, le préjudice juvénile résultant des privations de l'enfant qui ne peut participer aux activités de son âge est considéré comme un préjudice non économique⁴⁶⁰.

426. Le préjudice moral, préjudice extra-patrimonial, qui correspond à une atteinte à l'humilité d'une personne, se différencie du préjudice corporel. Il peut s'agir d'une atteinte à l'honneur, à la considération, à la pudeur ou toutes atteintes d'affections telle que la perte d'un être cher⁴⁶¹ et le fait d'assister aux souffrances que peuvent endurer un de ses proches. L'appréciation de ce préjudice est très subjective. C'est la raison pour laquelle les juges octroieront son indemnisation au cas par cas.

⁴⁵⁷Cass civ. 2^{ème}, 5 janv. 1994, Bull. civ. 1994, 2, n° 15; Resp civ et ass. 117, note H GROUDEL ; Cass civ. 2^{ème}, 9 déc. 2004, Resp civ et ass., 2005.50, note H. GROUDEL

⁴⁵⁸Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*, D., 4^{ème} éd., édition, n°139

⁴⁵⁹Cass. A.P., 19 déc. 2003, Bull. 2003, n°8, pourvoi n° 0214783, D. 2004. 161, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; D. 2005. 185, obs. P. DELEBECQUE, P. JOURDAIN et D.MAZEAUD ; RTD civ. 2004. 300, obs. P. JOURDAIN

⁴⁶⁰Y. LAMBERT-FRAIVRE, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, Paris, Dalloz. 2000, 4^{ème} édition, n°145

⁴⁶¹Cass civ. 13 fév. 1923, D. 1923. I .52, note LALOU ; S. 1926,I, 325

427. En droit américain, la réparation de l'*emotional distress* (*détresse émotionnelle*) répond à des règles d'indemnisation particulières. Ainsi, traditionnellement, les juges ne pouvaient octroyer de réparation du préjudice moral que si le patient avait également été victime d'un préjudice physique. L'un ne pouvait aller sans l'autre⁴⁶². Ce chef de réparation était ainsi appelé *pain and suffering*, c'est-à-dire la réparation des souffrances endurées du fait de l'acte fautif. Cette règle fut clairement énoncée dans la décision de principe *Osborn c/ Andrus Pavillon of St. John's Reverside Hospital*, qui soutient qu'un médecin ou un établissement hospitalier ne peut être déclaré responsable des préjudices moraux endurés par la famille d'une victime d'une faute médicale⁴⁶³.

428. Aujourd'hui, l'appréciation du préjudice moral est différente. La plupart des États admettent, en effet, l'indemnisation du préjudice moral si la victime apporte la preuve qu'elle a été exposée à un risque, de subir un préjudice physique. A ce sujet, le droit américain fait référence à la doctrine du *zone of impact* ou du *zone of danger* (*zone d'impact ou de danger*)⁴⁶⁴. Ainsi les juridictions américaines octroieront des dommages et intérêts compensatoires, dès lors que la victime aura démontré que son préjudice moral est tel, qu'il répercute sur elle des signes physiques de dépression. A titre d'exemple, constitue un *emotional distress*, toutes réactions psychiques anormales telles que la peur, la désorientation, l'anxiété, le désespoir, les crises d'horreur...⁴⁶⁵.

III. Le préjudice des victimes indirectes

429. La faute médicale peut être à l'origine d'un préjudice par ricochet. Celui-ci s'entend de l'ensemble des préjudices subis par un tiers, victime du fait des conséquences de l'acte dommageable initial. La Cour de cassation a, à ce titre, énoncé que le tiers à un contrat, victime par ricochet pouvait invoquer sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors ce manquement lui a causé un dommage, y compris lorsqu'il s'agit d'un manquement à une obligation de sécurité de résultat⁴⁶⁶. Cette solution est également valable en dehors de tout contrat entre la victime et le professionnel fautif.

430. Tout comme les préjudices subis par la victime directe, les préjudices de la victime par ricochet peuvent être patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Ainsi, la victime par ricochet peut demander, au titre des pertes subies, la réparation des frais économiques engagés. Il s'agit notamment des pertes de revenus. A ce sujet, la Cour de cassation a retenu que le préjudice économique subi par les ayants droits d'une victime du fait du décès de celle-ci, devait être évalué au jour de la décision qui le fixe en tenant compte de tous les éléments connus à cette date et en particulier du salaire auquel la victime aurait eu droit au jour de la décision⁴⁶⁷.

⁴⁶²Etats-Unis, *Landon v/ N.Y Hospital*, 101 A.D.2d 489, 490 (2d Dep't 1984), aff'd 65 N.Y 2d 639 (1985)

⁴⁶³Etats-Unis, *Osborn v/ Andrus Pavillon, St John's Reverside Hosp.* 100 A.D.2d 840, 841 (2d Dep't 1984)

⁴⁶⁴Etats-Unis, T.A. MOORE, *American law of medical malpractice, the basis in law*, 2003, chapter 11-1-3, what constitute compensable injury

⁴⁶⁵Etats-Unis, R. E. SHANDELL and P. SMITH, F.A SCHULMAN *The preparation and Trial of Medical Malpractice Cases*, rev'd ed., Law Journal Press, 1990, p. 52 et s.

⁴⁶⁶Cass. A.P. 6 octobre 2006, Bull. 2006, A.P. n°9, pourvoi n° 05-13255 ; D.2006.2825, note G. VINEY ; JCP G, 2006.2.10181, obs. M. BILLIAU ; RDC, 2007.269, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2007.123, obs. P JOURDAIN

⁴⁶⁷Cass. civ. 2^{ème}, 11 oct. 2001, Bull. 2001, 2, n° 154, p. 105, pourvoi n° 99-16 760 ; D. I.R., 3093

431. Au titre de la réparation de son préjudice extrapatrimonial, la victime peut au surplus, demander réparation du préjudice d'accompagnement ou d'affection. Le préjudice d'accompagnement est celui qui résulte pour les proches d'une personne gravement handicapée, d'une assistance quotidienne du fait de capacités physiques très diminuées. Le préjudice d'affection consiste dans la souffrance éprouvée lors de la perte d'un être cher et notamment en la réparation du retentissement pathologique avéré qu'elle a pu entraîner. En pratique, les préjudices des parents les plus proches sont indemnisés automatiquement. Il appartient dès lors aux personnes dépourvues de lien de parenté d'établir par tous moyens avoir entretenu un lien affectif avec le défunt.

432. En droit américain, les règles concernant l'indemnisation des victimes indirectes sont les mêmes que celles relatives aux victimes directes. Concernant, le préjudice moral des victimes par ricochet, elles ne peuvent en principe, prétendre à des dommages et intérêts que s'il a été démontré l'existence d'un préjudice physique concomitant. La jurisprudence a cependant étendu la réparation de ce préjudice aux ayants droit qui apporteraient la preuve d'un tel dommage résultant directement de la faute médicale. Ainsi dans une affaire *Johnson v/ State of New York*, le jury octroya la réparation du préjudice moral du fils à qui l'on avait, de manière éronnée, annoncé le décès de sa mère. La responsabilité attachée au préjudice moral résidait dans le fait que le médecin avait été incapable de renseigner correctement le demandeur sur l'état de santé de sa mère. De même, dans une affaire *Austin c/ Regents of University of California*, le Tribunal octroya des dommages et intérêts à un père pour avoir subi le préjudice moral d'avoir touché son bébé mort-né après l'accouchement de sa femme⁴⁶⁸.

IV. La réparation des *specific losses* (préjudices spécifiques)

433. En droit français comme en droit américain, deux préjudices spécifiques méritent une attention particulière dans leur comparaison. Il s'agit de la réparation de la perte de chance d'une part (A), et de la réparation du préjudice de naissance d'autre part (B).

1. La réparation de la perte de chance

434. En droit français, la perte de chance permet aussi bien au juge administratif qu'au juge judiciaire d'indemniser le patient, dès lors que la faute du professionnel de santé lui a fait perdre une chance d'échapper aux conséquences de cette dernière. Le préjudice constitutif de la perte de chance est un préjudice autonome distinct du préjudice final. Ainsi, la demande d'indemnisation de la perte de chance doit faire l'objet d'une demande spécifique⁴⁶⁹ et ne sera admise que si elle répond à la condition d'un lien de causalité certain entre la perte de chance de guérison et la faute du professionnel de santé. De plus, il est nécessaire que la perte de chance alléguée par la victime ait vraiment existé pour elle, qu'elle ait été réelle et sérieuse, et donc que la gravité de son état ne l'ait pas privé de toute chance effective de guérison ou de survie.

⁴⁶⁸Etats-Unis, *Austin v/ Regents of Univ. of Cal.* App. 3D 354, 152 Cal. Rptr. 420 (4th Dist. 1979)

⁴⁶⁹Cass, civ 1ère, 7 fév. 1990, Bull. civ. I, n°39 ; D. 1991.183, obs. J. PENNEAU ; Resp. civ et ass, n° 162

435. Contrairement au droit américain qui requiert que la perte de chance doit atteindre un certain niveau de pourcentage pour être indemnisée, c'est-à-dire que l'indemnisation doit se faire à la hauteur de ce que le patient aurait normalement pu espérer, le droit français ne fait pas du pourcentage de chance de réussite, une condition de l'indemnisation du préjudice, mais un élément pris en compte dans le calcul de l'indemnisation. En droit américain en effet, la perte de chance doit être d'un pourcentage relativement élevée puisque les juges considèrent qu'un faible pourcentage n'est pas de nature à permettre l'indemnisation de la victime⁴⁷⁰.

436. Les juges permettent donc une réparation de la perte de chance si cette dernière revêt un certain caractère de certitude, sachant toutefois que la jurisprudence pose comme principe, que l'indemnité allouée ne peut représenter qu'une part du préjudice total. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat exercent sur ce point un contrôle strict en censurant les décisions qui allouent des dommages et intérêts sur ce fondement, sans préciser la part de pourcentage de cette réparation par rapport au montant du préjudice total⁴⁷¹.

437. C'était essentiellement dans le contentieux relatif à l'obligation d'information que la réparation du préjudice lié à la perte de chance était octroyée. Aujourd'hui, le défaut d'information représente un préjudice autonome qu'il convient de réparer intégralement (a). La réparation de la perte de chance est moins fréquente lorsqu'elle est liée à une faute technique (b).

a) Le préjudice lié au défaut d'information préalable

438. L'obligation d'information qui pèse sur le médecin répond à l'idée selon laquelle, un malade correctement informé sur les risques liés à un acte médical, n'aurait peut-être pas donné son consentement et aurait ainsi pu éviter les préjudices subis. Ainsi, la jurisprudence a-t-elle affirmé que le défaut d'information pouvait être la cause génératrice du préjudice de la victime⁴⁷². Il fut également admis que le manquement à l'obligation d'information du médecin privait non seulement le patient d'une chance d'échapper au risque qui s'était réalisé, mais que cette perte constituait également un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'intervention médicale⁴⁷³.

⁴⁷⁰Etats-Unis, E.G. Wallace v/ St Francis Hosp.&Med. Ctr., 44 Conn. App. 257, 688 A2d 352 (1997)

⁴⁷¹Cass. civ. 7 déc. 2004, pourvoi n° 02-10.957 ; Bull. I, n° 302 ; Resp. civ. et assur. 2005. 60 ; D. 2005. 406, obs. J. PENNEAU ; CE, 21 mars 2008, n°266154, JCP A, 2008.289

⁴⁷²Cass. requ., 28 janv. 1942, Teyssier, DC, 1942, 63 ; Gaz. Pal, 1942, 1, 177 ; CA Douai, 10 juillet 1946, D. 1946, 361 : Un chirurgien « est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques; en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade »

⁴⁷³Cass. civ; Ière, 29 juin 1990, Bull. 1990, I, n°39, pourvoi n° 88-14797 ; S. PORCHY-SIMON, *Santé: Responsabilité Médicale Responsabilité pour faute d'éthique médicale Consentement Libre et Éclairé du Patient: Secret Médical*, éd Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances, 2002, fasc. 440-30. Le défaut d'information par le médecin de la personne soignée prive celle-ci d'une chance. Le médecin qui n'aurait pas recueilli valablement le consentement de la personne qu'il a soigné s'expose à réparer, non l'entier dommage corporel subi par ce dernier, mais « la perte de chance de refuser l'acte médical »

439. Plus récemment, la Cour de cassation avait par ailleurs affirmé que le défaut d'information imputable au médecin ne peut donner lieu à réparation d'un préjudice moral indépendant du préjudice corporel subi par le patient. Ainsi, la Cour réaffirmait le principe selon lequel le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information, était la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé⁴⁷⁴. La victime ou ses ayant droits⁴⁷⁵ ne pouvait alors pas se prévaloir de l'indemnisation de son préjudice moral consécutif au manquement du devoir d'information du médecin.

440. Cette solution longtemps admise en droit français, ne semblait pourtant pas aller dans le sens de l'interprétation de l'article R. 4127-36 du Code de la santé publique issu du code de déontologie médicale du 6 septembre 1995 qui considère que l'obligation d'information du médecin est une obligation déontologique, dépassant tout cadre contractuel, et dont la violation porte atteinte aux droits de la personne⁴⁷⁶. Le rejet de l'indemnisation du préjudice moral ne semblait, par ailleurs, pas non plus respecter les exigences du respect de la dignité de la personne humaine⁴⁷⁷.

441. Le 3 juin 2010, la Cour de cassation revient donc sur sa jurisprudence antérieure et considère désormais, sur le fondement des articles 16 et 16-3 du Code civil que « (...) le non-respect du devoir d'information ...cause à celui à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier texte susvisé (1382 du Code civil), le juge ne peut laisser sans réparation ». Dès lors, conformément à l'article R. 4127-36 du code de la santé publique et au principe de la dignité de la personne humaine, la seule absence d'information, obligation légale du médecin, suffit à engager la responsabilité de ce dernier peu important que le patient ait souffert d'un préjudice consécutif à la faute d'humanisme.

442. Cette jurisprudence est pourtant fort critiquable pour différentes raisons :

Elle rend d'abord, obsolète la théorie de la perte de chance en matière de défaut d'information, alors que cette interprétation était particulièrement adaptée à la relation de soins. La jurisprudence antérieure considérait en effet qu'il convenait de rechercher quels auraient été les effets d'une information correctement délivrée au patient en tenant compte de son état de santé, de son évolution prévisible, de sa personnalité et des raisons pour lesquelles les investigations ou les soins à risque lui avaient été proposés. Lorsqu'il apparaissait que le patient, dûment informé, aurait consenti à l'acte, il ne pouvait prétendre à aucune indemnisation⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, pourvoi n°06-19 301 ; P. SARGOS « Obligations d'information du médecin : conséquences du manquement médical », D. 2008.192 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, Bull. civ. 2000, I, n° 193, pourvoi n° 9823046 ; Gaz. Pal., 2001. 584, note F CHABAS

p. 125, pourvoi n° 9823046 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, Gaz. Pal., Rec 2001, somm 584, note F Chabas

⁴⁷⁵Cass. Ch. mixte., 30 avr. 1976, Bull. n° 136 ; D. 1977. 185, note CONTAMINE-RAYNAUD, L'action de la victime est normalement transférée dans le patrimoine de ses héritiers

⁴⁷⁶F. DREIFUSS-NETTER, « La Santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Avant-propos, Rapport annuel de la Cour de cassation, éd. La documentation française, 2007, p. 45

⁴⁷⁷F. DREIFUSS-NETTER, « Feue la responsabilité civile contractuelle de médecin? », Resp. civ. et ass., oct. 2002, p. 4

⁴⁷⁸Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, n° 98-23.046 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n° 01-03.930 ; Cass. civ. 1^{ère} 7 déc. 2004, pourvoi n° 02-10.957 ; Bull. I, n° 302 ; Resp. civ. et assur. 2005. 60 ; D. 2005. 406, obs. J. PENNEAU

Elle permet ensuite une sorte de présomption irréfragable de préjudice. Or la mise en œuvre de la responsabilité pour faute médicale nécessite impérativement la démonstration d'une faute d'un lien de causalité et d'un préjudice. L'absence de l'un de ces éléments devrait conduire à la mise hors de cause du professionnel de santé. Les articles 16 et 16-3 du Code civil font par ailleurs référence à une atteinte illicite du corps humain. Dès lors où il n'y a pas de préjudice, comment en déduire une atteinte illicite à la personne ? Cette solution laisse songeur quant à la détermination et à la quantification du préjudice.

b) Le préjudice lié à une faute technique

443. Tout comme le manquement au devoir d'information du médecin est susceptible de faire perdre la chance à un patient d'améliorer son état de santé, la faute technique peut également être à l'origine d'un tel préjudice. La perte de chance est déterminée en fonction de l'état de la victime et de toutes les conséquences qui découlent de cette dernière. Sa réparation doit être égale à la chance perdue, mais ne pourra jamais atteindre l'avantage qui aurait été procuré à la victime dans l'hypothèse où la chance se serait réalisée⁴⁷⁹.

2. *Le préjudice lié à la naissance, wrongful birth and wrongful life*

444. Le développement de la science médicale dans le domaine de la reproduction humaine et du suivi de la grossesse, a été la source d'un accroissement des actions en responsabilité lié à la naissance d'enfants handicapés. Les fautes dans le suivi de la grossesse ont pu en effet être considérées comme étant de nature à priver la mère d'informations déterminantes sur l'état de santé de l'enfant à naître, la privant de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse. Dès lors, plusieurs actions en responsabilité ont été développées contre le médecin fautif. C'est sous l'influence du droit américain (a) que le droit français a vu naître des actions en *wrongful birth* (préjudice de naissance) par lesquelles les parents agissent au nom de leurs enfants pour demander réparation d'un préjudice nouveau : celui d'être né malade ou handicapé. C'est après quelques réticences que la Cour de cassation finit par accepter l'indemnisation d'un tel préjudice auquel le législateur de 2002 a mis un terme (b).

a) Le droit positif américain de l'indemnisation du préjudice de naissance

445. Aux Etats-Unis, il existe deux types d'actions bien distinctes permettant l'indemnisation d'un enfant né handicapé. Le premier type d'action est l'action en *wrongful birth* (préjudice de naissance) ou *wrongful conception* (préjudice de conception). Elle est ouverte aux parents d'enfants nés handicapés et se différencie ainsi de l'action en *wrongful life*, (préjudice d'être né) qui ne peut être introduite que par l'enfant lui-même. La terminologie employée en droit américain permet de déterminer le demandeur à l'action, mais aussi l'objet de la demande.

⁴⁷⁹Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1998, Bull. 1998, I, 260, pourvoi n° 96-15 380 ; JCP G , 1998. IV. 10143

446. La possibilité d'engager une action en *wrongful conception* appartient aux parents qui ont toutes les raisons de penser que le handicap de leur enfant résulte d'une erreur médicale ayant entraîné une impossibilité pour la mère d'avoir pu choisir de pratiquer une interruption volontaire ou thérapeutique de grossesse. L'octroi de dommages et intérêts qui en résulte est conditionné à la démonstration d'une faute et d'un préjudice. En la matière, il n'y a aucune uniformité des règles, car l'indemnisation varie d'une juridiction à l'autre. Ainsi, certains tribunaux décident de n'indemniser que le préjudice moral des parents d'avoir mis au monde un enfant handicapé⁴⁸⁰. D'autres permettent l'indemnisation du préjudice moral des parents, mais également la compensation des charges particulières découlant du handicap de l'enfant⁴⁸¹. Pour d'autres juridictions enfin, l'action en *wrongful conception* peut donner lieu à la réparation du préjudice moral d'avoir donné naissance à un enfant handicapé en déduisant cependant de ce montant, le fait pour les parents de bénéficier des joies de la vie familiale normale⁴⁸². Ce chef d'indemnisation est laissé à la libre appréciation du jury. Si ce dernier estime que les parents, malgré le handicap de leur enfant, sont à même de profiter d'une vie familiale normale, le montant global de leur indemnisation sera amputé du montant correspondant à l'absence de préjudice lié à une vie familiale normale.

447. L'action en *wrongful conception* est strictement détachée de l'action en responsabilité classique. Ce principe fut affirmé par une décision la Cour fédérale du *New Jersey en 1998*⁴⁸³, selon laquelle, les parents d'un enfant handicapé n'ont pas à rapporter d'autres preuves que celle de la faute du médecin. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer qu'ils n'auraient pas eu recours à l'avortement, s'ils avaient été correctement informés du risque encouru durant la grossesse. Dès lors, le fait pour les parents de donner naissance à un enfant handicapé en toute connaissance de cause, ne les empêche pas d'engager la responsabilité du médecin pour avoir manqué à son obligation d'information. Vouloir continuer la grossesse d'un enfant handicapé ne fait pas obstacle à une action en responsabilité pour faute⁴⁸⁴.

448. Outre la demande d'indemnisation des parents pour avoir donné naissance à un enfant handicapé, l'enfant lui-même peut demander à être dédommagé du fait de son préjudice. Cette action est communément appelée Outre-Atlantique *wrongful life*⁴⁸⁵. Elle permet l'indemnisation de l'enfant handicapé du seul fait d'être né.

⁴⁸⁰Etats-Unis, E.g. *Zehr v/ Haugen*, 318 Ore. 647, 871 p2d 1006 (1994); *Lovelace Med. Center v/ Mendez*, 111 N.M.336, 805, P.2d 603 (1991); *Marciniak v/ Lundborg*, 153 Wis. 2D 59, 450 N.W2d 243 (1990)

⁴⁸¹Etats-Unis, *Emerson v/ Magendantz*, 689 A.2d 409 (R.I.1997)

⁴⁸²Etats-Unis, E.g. *Jones v/ Malinowski*, 299 M.d 257, 473 A2d 429 (1984)

⁴⁸³Pour une étude comparative voir, Etats-Unis, B. MARKESINIS, « *Reading through a foreign judgment, Essays in celebration of John Fleming* », *The law of obligations*, Oxford University, Clarendon press, 1998, pages 261 à 279. Cet arrêt admet nettement que la perte de la possibilité pour la mère de recourir à une I.V.G. est de nature à engager la responsabilité du médecin dès lors que l'enfant est né handicapé

⁴⁸⁴Etats-Unis, E.G. *Haymon v/ Wilkerson*, 535 A.2d 880 (D.C.1987); *Smith v/ Cote*, 128 N.H 231, 513 A2d 341 (1986)

⁴⁸⁵L'expression *wrongful life* semble avoir été utilisée, pour la première fois, dans une affaire où un enfant illégitime avait demandé des dommages et intérêts à son père putative, *Zepeda v/ Zepeda*, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E.2d 849 (1963). La cour de l'Illinois l'avait débouté de son action et cette décision a fait jurisprudence.

449. Jusqu'à la fin de années 1970, les tribunaux américains refusaient systématiquement de prendre en compte les demandes d'indemnisation des enfants nés handicapés. A titre d'exemple la Cour suprême du New Jersey énonçait, dans un arrêt *Gleitan v/ Cosgrove* de 1967, que le caractère précieux de la vie humaine excluait, aussi difficile soit elle, la possibilité pour l'enfant de recevoir une compensation financière pour le préjudice d'être né⁴⁸⁶. Pourtant, cette décision allait être contredite par un arrêt de la Cour d'appel de Californie qui, en 1980, accorda à un enfant atteint de la maladie de *Tay Sachs*, des dommages et intérêts au nom d'une *wrongful life*. Elle énonçait que « *La réalité du concept de vie injustifiée est qu'un tel plaignant existe et souffre à cause de la négligence d'autrui. Il n'est ni nécessaire ni juste de se retirer pour méditer sur les mystères de la vie (...), la certitude de handicaps génétiques ne fait plus mystère* »⁴⁸⁷. Cette solution fut par la suite reprise par une décision de la juridiction suprême de l'état de Californie de 1982⁴⁸⁸. En l'espèce, le jury permit l'indemnisation d'un enfant né handicapé, car selon la Cour il n'y avait aucune possibilité que le jeune garçon échappe à la fatalité de son handicap. Fut donc attribuer à l'enfant, une indemnisation équivalente à celle de ses parents s'ils avaient porté l'affaire en leur nom. Cette décision controversée fut admise par la plupart des États⁴⁸⁹.

450. Aujourd'hui, la position des juridictions concernant l'indemnisation du préjudice de naissance est très controversée. Certains États reconnaissent les actions intentées en *wrongful life*⁴⁹⁰. D'autres au contraire, éprouvent une certaine réticence à allouer à l'enfant handicapé, la réparation du préjudice « de la perte de chance de ne pas avoir pu naître »⁴⁹¹. Ces États considèrent, en effet, qu'il n'est pas possible de fixer le montant de l'indemnisation de la « volonté de ne pas exister » et ce, même si la faute du médecin est directement à l'origine du handicap⁴⁹².

⁴⁸⁶Etats-Unis, *Gleitan v/ Cosgrove*, 49 N.Y.2d. 227, A2d 689 (1967)

⁴⁸⁷EtatsUnis,

J.MERCHANT, http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=LMS&ID_NUMPUBLIE=LMS_203&ID_ARTICLE=LMS_203_0055

⁴⁸⁸Etats-Unis, *Turpin v/ Sortini*, 31 Cal. 3D 220, 643 P2d 954 (1982); *Gami v/ Mullikan Med. Center*, 18 Cal. App. 4Th 870, 22 Cal. Rptr. 2D 819 (2d. Dist. 1993)

⁴⁸⁹Etats-Unis, E.g *Walker v/ Rinck*, 604 N.E 2d 591 (Ind. 1992); *Procanik v/ Cillo*, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (1984)

⁴⁹⁰Etats-Unis, *Harbeson v/. Parke-Davis*, 98 Wash.2d 460, 656 P.2d 483, 1983. Voir J. MERCHANT, « Torts for wrongful birth/life and prenatal abuse, natalité et procréation : le rôle fondamental du judiciaire américain », *Revue française d'étude américaines*, n° 68, 1996, pp. 50-61

⁴⁹¹Il ressort que, dans leur grande majorité, les décisions de la justice américaine ont rejeté les revendications formées au nom de l'enfant, les juges refusant que l'on puisse se plaindre d'être né : B. STEINBECK, *Life before birth*, Oxford University Press, 1992, p. 115 et s. ; J.K. MASON, *Medico legal aspects of reproduction and parenthood*, Dartmouth Pub Co, 1998, p. 161 et s. ; *Curlender, v/Bio-science Laboratories*, 106 Cal. App. 3d 811 (1980) ; *Park v/Chessin*, 60 A.D.2d 80,400 N.Y.S.2d 110 (1977), décision rendue par un tribunal New yorkais mais l'année suivante la cour d'appel de New York a statué dans le sens contraire dans une décision *Becker v/ Schwartz* 46. N.Y.2d 401,386 N.E.2d 807,413 N.Y.S.2d 895 (1978)

Pour mettre en parallèle le droit français et le droit américain sur cette question, il y a lieu de remarquer que la Cour de cassation considérait que pour indemniser l'enfant handicapé, il était nécessaire que le handicap soit en relation de causalité directe avec la faute du médecin et que le préjudice de l'enfant n'était pas constitué par une perte de chance mais par le handicap et devait être intégralement réparé.

⁴⁹²Etats-Unis, *Geitman v/ Cosgrove*, 49 N.J.2d, 227 A2d 689, 692 (1967); *Goldberg c/Ruskin*, 113 2I. 2D 482, 499 N.E.2dd 406 (1986)

451. Quoi qu'il en soit, les États-Unis avaient ouvert la brèche. Ainsi, à l'instar des décisions en *wrongful life*, les parents français qui avaient donné naissance à un enfant handicapé finirent par être incités à mettre en cause la responsabilité de leur médecin. De nombreuses actions en responsabilité furent intentées contre les professionnels, visant à demander non seulement la réparation du préjudice des parents, mais aussi celle des enfants handicapés. A l'appui de leurs demandes, ils arguaient que la faute à l'origine du préjudice pouvait consister en une erreur de diagnostic, en une mauvaise interprétation de l'échographie ou encore une mauvaise information sur les risques encourus en cas de prise de certains médicaments. Un tel manquement était par ailleurs de nature à priver les parents de la faculté de recourir à une interruption de grossesse.

b) Le droit positif français de l'indemnisation du préjudice de naissance

452. Sous l'influence du droit américain, le droit français s'est prononcé dans un premier temps en faveur d'un droit à réparation des parents. Ainsi, le Conseil d'Etat estimait que le dommage subi par les parents du fait de la naissance d'un enfant handicapé, était un dommage réparable qu'il soit moral ou matériel. La Haute juridiction administrative permettait donc la compensation en dommages et intérêts, des dépenses spécifiques liées au handicap. Il refusait cependant d'indemniser le préjudice de l'enfant lui-même en raison de l'absence de lien de causalité entre la faute et le handicap congénital de l'enfant⁴⁹³.

453. Le refus d'indemniser le préjudice de l'enfant ne trouvait pas en France, selon la décision du Conseil d'Etat, et aux Etats-Unis avant 1980⁴⁹⁴, le même fondement. Le Conseil d'Etat se fondait sur une conception plus juridique du droit à réparation, en soutenant que la victime ne pouvait être indemnisée que si elle apportait la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. En l'absence de l'une de ces trois conditions, le juge ne pouvait octroyer aucune réparation. Au contraire, le droit américain fondait son refus sur une conception plus morale. Il considérait qu'aucune indemnisation liée à la naissance n'était envisageable, dès lors qu'il était impossible d'évaluer pécuniairement le droit de naître ou de ne pas naître. Le droit américain refusait dans un premier temps de donner une quelconque valeur vénale à la naissance. Cette conception d'ordre moral allait pourtant laisser place, dès 1980, à une conception plus opportuniste de l'indemnisation du handicap. Cette position fut suivie par la Cour de cassation.

⁴⁹³CE 14 fév. 1997, JCP 1997.I.4025, note G. VINEY ; RFDA, 1997, p. 379, concl. V. PECRESSE et note B. MATHIEU

⁴⁹⁴J.MERCHANT:http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=LMS&ID_NUMPUBLIE=LMS_203&ID_ARTICLE=LMS_203_0055

454. La Cour de Cassation avait ainsi admis, dans une décision du 26 mars 1996, que les fautes commises par le médecin pouvaient être en relation directe avec le préjudice subi par l'enfant⁴⁹⁵ et qu'en conséquence, celui-ci pouvait également prétendre à une indemnisation. Selon la Cour, le dommage qui consistait dans la naissance d'un enfant handicapé à la suite d'une inexécution de l'obligation d'information du médecin, était réparable, que le demandeur soit l'enfant victime lui-même ou ses parents. Ainsi, il était permis aux parents d'engager la responsabilité du professionnel fautif non seulement en leur nom personnel, mais aussi au nom de leur enfant. La position adoptée par la Cour en 1996 n'emportait cependant pas l'unanimité auprès des juges du fond. Ainsi, par le célèbre arrêt d'assemblée plénière du 17 Novembre 2000, l'arrêt dit Perruche, la Cour met fin à ces divergences en énonçant que: « *dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Madame X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* »⁴⁹⁶.

455. Cette décision très critiquée, tant sur le plan éthique, moral que juridique a suscité de très nombreuses réactions doctrinales⁴⁹⁷. En l'espèce, en effet, le handicap de l'enfant était congénital, les fautes du laboratoire et du médecin n'avaient donc pas causé directement le handicap de l'enfant dont l'origine était la maladie contractée par la mère à un stade précoce de sa grossesse. Deux problèmes juridiques étaient soumis à la Cour de cassation.

456. Le premier résidait dans l'identification de la cause du dommage subi par l'enfant. En admettant que la faute à du médecin et du laboratoire envers la mère pouvait avoir causé un préjudice à l'enfant, l'assemblée plénière procédait d'une conception souple du lien de causalité. Ainsi, conformément à la théorie de l'équivalence des conditions, le lien de causalité était établi dès lors que, sans les fautes, le dommage pouvait être évité. La Cour trouvait le rapport causal avec le préjudice découlant du handicap lorsqu'elle énonçait que les fautes commises « (...) ont empêché la mère d'exercer le choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap ».

457. Une fois le lien causal admis, encore fallait-il savoir si la naissance handicapée pouvait être considérée comme un préjudice réparable. En effet, pour l'enfant, l'intérêt lésé serait illégitime car la vie, même handicapée, ne peut en principe constituer un préjudice.

⁴⁹⁵Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, D. 1997. 35, note J. ROCHE-DAHAN ; JCP 1996. I. 3946, obs. P. MURAT ; RTD civ., 1996. 623, obs. P. JOURDAIN

⁴⁹⁶Cass. Ass. plen., 17 nov. 2000, arrêt Perruche, JCPG 2000.2.10438, rapp. P. SARGOS, concl. J SAINTE ROSE, note F. CHABAS ; D. 2001.332, note D. MAZEAUD ; D. 2001.336 note P. JOURDAIN

⁴⁹⁷J-L. AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère n'aurait pas dû être », D. 2001.489 ; P.-Y GAUTHIER, « A propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », JCP G 2001.I.287 ; L. AYNES, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », D. 2001.492 ; F. LEDUC, « handicap génétique ou congénital et responsabilité civile », Resp. civ. et ass. 2001, chron., p. 4 ; B. MARKESINIS, « Reflexions d'un comparatiste sur et à partir de l'arrêt Perruche, RTD civ. 2001.77 ; D. MAZEAUD, « Reflexion sur un malentendu », D. 2001.352 ; G. MEMETEAU, « L'action de vie dommageable », JCP G 2001. I. 279 ; Ch. RADE, « Etre ou ne pas être? Telle n'est pas la question », Resp. civ. et ass. 2001, chron., n°1 ; G. VINEY, « Brèves remarques sur un arrêt qui affecte l'image de la justice », JCP G 2001.I.286

458. Suivant le rapport de Monsieur P. Sargos qui s'interrogeait sur « *le véritable respect de la vie humaine dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la vie humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques* », l'assemblée plénière pris le parti de l'indemnisation de l'enfant né handicapé⁴⁹⁸, car le refus de toute indemnisation du handicap serait attentatoire au respect de la dignité de la personne humaine. En réalité, c'est donc plus dans l'optique de dégager une solution opportune et juste, que de se conformer aux conditions juridiques de l'indemnisation, que fut admis par la Cour, la réparation du préjudice d'être né handicapé.

459. Cependant, devant la pression de l'opinion publique et politique suscitée par cette jurisprudence, malgré les arrêts d'assemblée plénière du 13 juillet 2001 venus préciser les conditions d'indemnisation de l'enfant né handicapé⁴⁹⁹, le législateur est intervenu pour mettre fin à ce trouble en introduisant dans la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, un titre premier intitulé « *Solidarité envers les personnes handicapées* » qui dispose dans un article 1er que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ».

460. Au regard de cette disposition, le législateur entendait mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux recours de l'enfant. La loi met donc un terme à toute indemnisation de l'enfant au titre de la responsabilité civile, et fait échapper toute action en responsabilité qui aurait pu être dirigée contre les médecins dont la faute consiste dans la violation du devoir d'information relative au handicap de l'enfant. De plus, la loi limite fortement l'indemnisation du préjudice des parents, puisqu'ils n'ont désormais droit qu'à la seule réparation de leur préjudice moral à la condition que le médecin ait commis une faute caractérisée⁵⁰⁰. Il faut remarquer que cette solution adoptée par le législateur est en complète contradiction avec le droit positif qui ne subordonne en aucun cas l'indemnisation à la gravité de la faute. Une simple faute, qu'elle soit grave ou infime, est de nature à entraîner la responsabilité de son auteur, dès lors qu'elle est en lien de cause à effet avec un préjudice.

⁴⁹⁸Cass. Ass. plen., 17 nov. 2000, arrêt Perruche, JCPG 2000.2.10438, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE ROSE, note F. CHABAS ; D. 2001.332, note D. MAZEAUD ; D. 2001.336 note P. JOURDAIN

⁴⁹⁹Cass Ass. plen., 13 juillet 2001, JCP G 2001.2.10601, concl. J. SAINTE ROSE, note F. CHABAS; D. 2001.2325, note P. JOURDAIN. La Cour de cassation a confirmé la réparation du préjudice de l'enfant en précisant que « (...) l'enfant handicapé ne peut demander réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec la mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse; que dans le cadre d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique étaient réunies ».

⁵⁰⁰La notion de faute caractérisée était, jusqu'à la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, consacrée en droit pénal par la loi du 10 juillet 2000 qui précise la notion de délits non intentionnels. Son appréciation repose sur un double critère, le premier tenant à l'intensité et à la gravité de la faute, le second à l'évidence de la faute.

461. Néanmoins, cette nouvelle disposition est de nature à porter atteinte aux droits des parents d'obtenir l'indemnisation de la naissance de leur enfant. En effet, seul leur préjudice personnel est susceptible d'être indemnisé car, si le texte ne limite pas cette indemnisation à la compensation du préjudice moral, il exclut la réparation des charges liées au handicap. Ainsi, pour compenser l'atteinte ainsi portée au droit à réparation, la loi a remplacé cette action en responsabilité par un droit à réparation au titre de la solidarité nationale en disposant que: « (...) lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ».

462. La condamnation de la jurisprudence Perruche a de surcroît été renforcée par l'application de dispositions transitoires, la loi déclarant en effet son application aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. Sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France, considérant que cette disposition était contraire à l'article 1er du protocole additionnel relatif au droit au respect des biens. Le droit à réparation auquel pouvait prétendre les parents d'enfants nés handicapés avant la promulgation de la loi du 4 mars 2002, constituait au sens du protocole additionnel, un droit créance auquel les nouvelles dispositions législatives portaient atteinte. La Cour européenne considérait que dès lors qu'elle s'applique aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été définitivement statué sur le principe de l'indemnisation, la loi du 4 mars 2002 porte atteinte au principe de l'article 1er du protocole additionnel⁵⁰¹. La Cour considérait, en effet, que dès lors que les parties avaient introduit leur recours, elles avaient une espérance légitime d'obtenir la réparation intégrale des préjudices subis du fait du handicap de leur enfant. Ainsi, la nouvelle disposition de la loi 2002-303 du 4 mars 2002 s'analyse en une privation de propriété au sens de l'article 1er du protocole additionnel. Une atteinte aussi radicale aux droits des parties a donc rompu le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général d'une part, et la sauvegarde du droit au respect des biens d'autre part.

⁵⁰¹CEDH 6 oct. 2005, RTD civ. 2005.743, obs. J-P MAGUENAND ; JCP 2006.I.109, obs. F. SUDRE. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que la France avait violé l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le respect des biens dans la mesure où l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 concernait les instances en cours, le 7 mars 2002, date de son entrée en vigueur.

463. La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 janvier 2006, a repris cette solution en estimant que la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 n'était pas applicable aux litiges qui lui étaient soumis, les dispositions de la loi étant contraires à l'article premier du protocole additionnel⁵⁰². La Cour avait en effet considéré que l'article 1er de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 avait institué un mécanisme forfaitaire de réparation du handicap, sans rapport raisonnable avec la créance de réparation intégrale, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents, les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie, alors que les parents qui avaient introduit un recours avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 et qu'à ce titre, ils pouvaient légitimement espérer que l'indemnisation de leur préjudice, inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant ou que leur enfant serait indemnisé au titre du préjudice résultant de son handicap. Ainsi, la rétroactivité de la loi est condamnée en ce qu'elle prive les victimes d'un droit à réparation, sans leur accorder une compensation raisonnable.

464. Plus récemment, la Cour de cassation a été plus loin dans l'appréciation du recours des parties. Elle a en effet retenu, pour écarter l'application de l'article 1er de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, que les parents d'un enfant né handicapé avaient assigné le médecin en référé expertise le 8 novembre 2000 et déposé le rapport faisant état du dommage, le 7 mars 2002. Le véritable recours au fond ne donc fut établi que le 13 octobre 2002, soit après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002⁵⁰³. Or, afin d'indemniser le préjudice de l'enfant, la haute juridiction a considéré que le dommage fut révélé avant l'entrée en vigueur de cette loi et qu'à ce titre, les parents pouvaient légitimement prétendre à l'indemnisation du préjudice des charges particulières, découlant tout au long de la vie de l'enfant et de l'indemnisation de préjudice de leur enfant découlant de son handicap. Au regard de cette jurisprudence, la Cour de cassation considère donc qu'une simple mesure provisoire, prononcée avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars suffit à faire naître un droit créance au sens de l'article 1er du protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme et que les parties peuvent demander l'indemnisation des préjudices espérés au titre de cette créance.

465. Le Conseil d'État, dans une décision du 24 février 2006⁵⁰⁴, affirmait également que la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, en excluant du préjudice des parents, les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie, en subordonnant l'engagement de la responsabilité de l'auteur à une faute caractérisée et en instituant un mécanisme de compensation forfaitaire des charges découlant du handicap, a privé les parents d'une créance légitime au sens de l'article 1er du protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁰²Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, n° 02-16.648, Bull. civ. I.35 ; D. 2006.IR.396 ; RTD civ. 2006.323, obs. P. JOURDAIN ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. n° 90, obs. C. Radé ; Dalloz 2006, IR p.325, note I.GALLMEISTER ; Gaz. Pal., 14 fév. 2006, avis J.SAINTE-ROSE

⁵⁰³Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, pourvoi n° 06-17 325 ; Revue de Droit et Santé, LEH, 22 mars 2008 note F. VIALLA, « Retour sur l'applicabilité de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 aux instances postérieures à l'entrée en vigueur de la loi »

⁵⁰⁴C.E., 4^{ème}, 5^{ème} sous-section réunies, 24 fév. 2006, J.C.P. 2006.2. 10062, note A. GOUTTENOIRE et S. PORCHY-SIMON

466. Dès lors, pour s'assurer de la légitimité de l'article 1^{er} de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, le Conseil constitutionnel fut saisi le 14 avril 2010, par le Conseil d'État, dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question portait sur la conformité du dispositif « anti-perruche » aux droits et libertés que la Constitution garantit⁵⁰⁵. Le 11 juin 2010, le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions conformes à la Constitution et n'a censuré que les dispositions transitoires relatives à l'application de la loi de 2002 aux personnes ayant engagé, antérieurement à celle-ci, une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice. Il a en effet estimé qu'il n'existait pas, en l'espèce, un motif d'intérêt général suffisant pour modifier rétroactivement les règles applicables à un litige en cours devant une juridiction⁵⁰⁶.

467. Pour conclure, entre 1980 et 2002, la France et les États-Unis avaient adopté la même position concernant l'indemnisation des enfants nés handicapés. Les deux droits positifs considéraient en effet, que l'indemnisation du préjudice de naissance était juste dans la mesure où le handicap était un mal auquel l'enfant ne pouvait pas échapper et qui au surplus, ne pas être réparé naturellement. Il était donc juste de lui octroyer une compensation financière de nature à lui faciliter les épreuves de la vie courante. De même, les parents pouvaient être indemnisés de leur préjudice moral d'avoir mis au monde un enfant atteint d'un handicap non décelé par le professionnel de santé, ainsi que du préjudice matériel découlant des charges particulières occasionnées par le handicap. Tant les enfants que leurs parents pouvaient donc prétendre à une indemnisation.

468. Pourtant, avec l'introduction de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, la France s'est détachée de cette position considérant que l'indemnisation de l'enfant handicapé du seul fait d'être né n'est pas un intérêt légitime, car la vie en tant que telle ne peut pas constituer un préjudice. En effet, il est inséré dans un article 1er la disposition selon laquelle « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. Lorsque la responsabilité d'un professionnel est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale* ». L'idée de ce texte rejoint une position minoritairement présente aux États-Unis, selon laquelle il n'est pas possible de fixer le montant de l'indemnisation de la « volonté de ne pas exister » et ce même, si la faute du médecin est directement à l'origine du handicap⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵N. NEFUSSY-VENTA, « Les « bébés » des arrêts Perruche et Quarez : une espèce en voie de disparition. À propos du jugement du tribunal administratif de Nantes du 7 avril 2010 et de la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010 », Droit de la famille, 2010, n° 12, étude 34

⁵⁰⁶Cons. Const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, Loi anti-Perruche

⁵⁰⁷États-Unis, Geitman v/ Cosgrove, 49 N.J.22, 227 A2d 689, 692 (1967) ; Goldberg v/Ruskin, 113 2I. 2D 482, 499 N.E.2dd 406 (1986)

469. Cependant, malgré les dispositions obligatoires de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, la Cour de cassation semble revenir à une indemnisation du préjudice de naissance et à la réparation des préjudices matériels découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie⁵⁰⁸. Cette position est désormais rendue obligatoire pour toutes les créances nées avant la promulgation de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002. Pour autant, la Cour s'attache également à cette possibilité, dès lors que le dommage a été révélé avant l'entrée en vigueur de la loi⁵⁰⁹. Il reviendra toutefois à la jurisprudence de préciser à quel moment exactement, les parents peuvent se prévaloir d'un droit créance, tel qu'énoncé dans l'article 1er du protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁰⁸Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, n° 02-16.648, Bull. civ. I.35 ; D. 2006.IR.396 ; RTD civ. 2006.323, obs. P. JOURDAIN ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. n° 90, obs. C. Radé ; Dalloz 2006, IR p.325, note I.GALLMEISTER ; Gaz. Pal., 14 fév. 2006, avis J.SAINTE-ROSE

⁵⁰⁹Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, pourvoi n° 06-17 325 ; Revue de Droit et Santé, LEH, 22 mars 2008 note F. VIALLA, « Retour sur l'applicabilité de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 aux instances postérieures à l'entrée en vigueur de la loi »

Des tempéraments semblables à la mise en cause de la responsabilité médicale.

470. Une fois que le fait générateur a été établi par la victime, cette dernière doit identifier concrètement son débiteur pour engager sa responsabilité. Or en droit français comme en droit américain, cette démarche n'est pas aussi évidente qu'elle n'y paraît. En effet, les deux droits ont mis en place des mécanismes de responsabilité indirecte permettant à l'auteur du dommage d'échapper à sa responsabilité, c'est le cas des règles relatives à la responsabilité du fait d'autrui (Section I). Par ailleurs, les droits français et américains prennent en compte, dans la mise en œuvre de la responsabilité, certains éléments venant perturber la réalisation de l'acte dommageable. Des causes d'exonération peuvent ainsi limiter soit totalement, soit partiellement, la responsabilité du médecin (Section II).

SECTION I. LES HYPOTHESES DE LIMITATION DE RESPONSABILITE PERSONNELLE DU MEDECIN: LA RESPONSABILITE DU FAIT D'AUTRUI OU THEORY OF RESPONDEAT SUPERIOR

471. La responsabilité du médecin n'est pas toujours de nature personnelle. Il se peut en effet, que celle-ci soit absorbée par la structure au sein de laquelle le professionnel de santé exerce. Cette règle est valable en droit français (§1) comme en droit américain (§2).

§1.Les limites à la responsabilité personnelle du médecin en droit français

472. Le médecin qui a agi dans le cadre de ses fonctions et qui, par sa faute, a causé un dommage à autrui, n'engage pas toujours sa responsabilité. L'établissement de soins peut en effet, répondre des conséquences des actes dommageables dès lors que celui-ci a agi en tant que salarié ou médecin hospitalier du secteur public. Pour autant, lorsque le médecin a commis une faute détachable du service ou qu'il a agi en dehors de la mission qui lui a été confiée, cette immunité n'est plus valable. Le statut du médecin hospitalier obéit aux règles de droit public. Ainsi, en droit administratif, le médecin est considéré comme un agent du service public hospitalier. A ce titre, il ne peut pas être déclaré responsable personnellement des préjudices causés au patient par sa faute. L'hôpital répond en effet des actes de leurs préposés.

473. Il en va en revanche différemment lorsque le praticien commet une faute personnelle détachable de ses fonctions⁵¹⁰. Dans une telle hypothèse, le médecin répond en effet personnellement de ses actes devant les tribunaux judiciaires⁵¹¹.

⁵¹⁰Ch. RADE, Resp. civ. Ass. 2006, n°11, p. 21

⁵¹¹T.C., 25 mars 1957, Chilloux et Issad Slimane, Rec. p. 816, D. 1957. 395, concl. C.J. CHARDEAU ; J.C.P. 1957.2. 1004, note R. SAVATIER ; Rev. adm. 1957. 247, note LIET-VEAUX ; A.J.D.A. 1957.2. 177, note FOURNIER et BRAIBANT

474. La situation du médecin exerçant sa profession au sein d'un établissement privé de soins répond à des règles différentes. L'activité de médecin étant une activité libérale et indépendante, il a toujours été admis que celui-ci devait répondre personnellement de ses fautes. Ainsi, un médecin salarié d'un établissement privé de soins était toujours tenu pour responsable de ses actes, du seul fait de son indépendance professionnelle. Il se trouvait donc dans une situation défavorable, non seulement par rapport au médecin hospitalier, mais aussi par rapport aux autres salariés qui bénéficient d'une immunité lorsqu'ils n'excèdent pas le cadre de leur mission. Le tribunal des conflits⁵¹², la Cour de cassation⁵¹³ et certaines juridictions du fond ont en effet, toujours refusé d'étendre cette immunité à des salariés bénéficiant d'une très forte autonomie professionnelle, tels que les médecins et les sages-femmes.

475. Or, il a été montré de manière déterminante que les médecins doivent être traités en tant que salariés, non seulement parce qu'ils disposent d'une autonomie finalement assez répandue et qu'en toute hypothèse, ils exercent leur activité au profit de la clinique qui les emploie, ce qui justifie pleinement qu'ils bénéficient également de l'immunité⁵¹⁴. Aujourd'hui la position adoptée par la jurisprudence est beaucoup plus souple à l'égard des médecins salariés. Par un arrêt du 9 novembre 2004, la Cour de cassation, fait fi du statut particulier des professions médicales indépendantes et exclue ainsi toute possibilité d'action en responsabilité personnelle contre le médecin et la sage-femme salariés d'une clinique, qui auraient agi sans excéder la limite de leur mission, fussent leurs professions indépendantes⁵¹⁵.

476. La responsabilité du médecin peut donc être limitée à deux égards. Lorsque celui-ci travaille pour le service public hospitalier, sa responsabilité personnelle n'est que très rarement mise en cause. Elle ne peut en effet intervenir que lorsqu'elle est totalement détachée du service. Par ailleurs, en application de la jurisprudence du 9 novembre 2004, malgré l'indépendance de la profession de médecin, lorsque ce dernier est salarié d'un établissement privé de soins, il ne répond plus personnellement de ses actes.

⁵¹²T.C., 14 févr. 2000, n°02929, Ratinet, RFDA 2000.1138, concl. M. de CAIGNY

⁵¹³Cass, civ. 1^{ère}, 9 avr. 2002 ; Resp. civ. et assur. 2002, chron. 13, note Ch. RADE ; RTD civ. 2002.516, n°2, obs. P. JOURDAIN ; Cass, civ. 1^{ère}, 13 nov. 2002, D. 2003.580, note S. DEIS- BEAUQUESNE

⁵¹⁴S. PORCHY-SIMON, *Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement privé de santé du fait du médecin*, Mélanges Lambert, D. 2002., p. 361 et s. ; C. RIOT, « L'exercice subordonné de l'art médical », D. 2006, chron. p. 111

⁵¹⁵Cass civ., 9 nov. 2004, D. 2005. 253, note CHABAS ; JCP G 2005. 327, note D. DUVAL-ARNOULD

§2. *The respondeat superior theory* en droit américain

477. Tout comme c'est le cas en France, le droit américain a aménagé des tempéraments à la mise en œuvre de la responsabilité personnelle du médecin, il s'agit de la *theory of respondeat superior* selon laquelle le supérieur répond des actes de son préposé. Cette théorie est très proche de la responsabilité du fait d'autrui du droit français, et de fait, se heurte aux mêmes difficultés.

478. En principe, les médecins américains jouissent de la même indépendance professionnelle que les médecins français, et, comme ce fut le cas en France jusqu'en 2004⁵¹⁶, cette indépendance est en principe conservée lorsque le médecin exerce dans un établissement de soins⁵¹⁷. Les établissements de santé ne sont pas tenus pour responsables des fautes commises par le personnel médical. Ce postulat, qui résulte d'une jurisprudence *Reed c/ Good Samaritan Hospital* de 1984, est une constance en droit américain⁵¹⁸. Pourtant, le principe dégagé par la jurisprudence *Reed* de 1984 n'est pas appliqué de manière uniforme sur tout le territoire, car on observe que certaines juridictions préfèrent appliquer aux médecins, employés d'un établissement de soins, la théorie du *respondeat superior*, au terme de laquelle l'employeur doit être tenu pour responsable des conséquences dommageables engendrées par l'activité de ses salariés, à l'exception des actes qui ont excédé le cadre de la mission qui leur a été impartie⁵¹⁹. On observe donc une grande similitude entre certains aspects de la responsabilité du fait d'autrui en droit français et la théorie du *respondeat superior* en droit américain. Tous deux admettent en effet, qu'un établissement de soins puisse être responsable des actes dommageables commis par l'un de leurs médecins salariés.

479. Aux Etats-Unis, la détermination de médecin « employé » d'un établissement de soins n'est pourtant pas toujours évidente. Le seul fait que le médecin travaille pour l'établissement, ne suffit pas à le qualifier de salarié. Autrement dit, comme c'est le cas en droit français, si le contrat de travail constitue l'hypothèse privilégiée de reconnaissance d'un lien de préposition, il ne permet pas à lui seul de déterminer l'existence d'un lien de subordination.

⁵¹⁶Ibid.

⁵¹⁷Etats-Unis, J.L. MARINON, *Tort law New York*, Marino Bar Review Course, 1978, p. 43

⁵¹⁸Etats-Unis, *Redd v/ Good Samaritan Hosp. Ass'n*, 453 So. 2D 229 (Fla. 4th DCA 1984) ; *MEBZIE v/ Windham Commun. Mem. Hosp.*, 774 F. Supp. 91 (D. Conn. 1991)

⁵¹⁹Etats-Unis, H. CAMPBELL BLACK, *Black law Dictionary Definition of the terms of American and English jurisprudence ancient and modern*, 4th ed, West publishing, 1968, p. 1475.

480. En droit français, il a en effet été démontré que le contrat de travail n'était pas incompatible avec une certaine indépendance des professionnels de santé⁵²⁰ et que le médecin pouvait parfaitement exercer son activité comme salarié de l'établissement qui l'emploie⁵²¹. De plus, le lien de préposition n'est pas défini par le Code Civil. Il est néanmoins admis qu'il s'entend d'un lien de subordination en vertu duquel le commettant dispose du pouvoir, de donner des ordres aux préposés. Ainsi, « *la responsabilité des faits du préposé, suppose que le commettant a eu le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé ; (...) c'est ce droit qui fonde l'autorité et la subordination sans lesquelles il n'existe pas de véritable commettant* »⁵²². L'avant-projet de réforme du droit des obligations (dit "Projet Catala") définit par ailleurs le commettant, dans un article 1359, alinéa 1er, du Code civil, comme: « *celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé* »⁵²³.

481. Les juridictions américaines ont également développé une méthode de faisceaux d'indices, permettant de qualifier la situation juridique du médecin travaillant dans un établissement privé de soins⁵²⁴. Elles considèrent ainsi, qu'il existe une relation d'employeur à employer entre un établissement de soins et son médecin dès lors que l'établissement exerce sur celui-ci un pouvoir de contrôle de son emploi du temps et sur la façon et la méthode dont il travaille⁵²⁵. Telle fut la solution retenue par une Cour de l'Arizona qui a établi qu'existait un lien de subordination entre un hôpital et un médecin radiologiste, dès lors que l'établissement exerçait un pouvoir de contrôle sur son travail, qu'il assurait le recueil du paiement des soins dispensés par son employé et qu'il ne laissait pas au patient le choix de choisir librement son médecin⁵²⁶.

482. Au contraire, d'autres juridictions ne cherchent pas à établir le lien de préposition entre un établissement et un médecin, au regard des relations qu'ils entretiennent, mais préfèrent se référer aux dispositions contenues dans le contrat de travail qui les uni. Ainsi, une cour d'appel de Géorgie a refusé de considérer qu'existait un lien de préposition entre un établissement de santé et un médecin, malgré le contrôle qu'exerçait la structure sur la programmation de ses interventions, ainsi que sur sa facturation⁵²⁷. La Cour a préféré se fonder sur le contrat conclu entre le praticien et l'hôpital, afin de qualifier le rapport juridique unissant les deux protagonistes. En l'espèce, le contrat stipulait bien que l'hôpital ne pouvait exercer aucun contrôle sur l'activité du médecin. Dès lors, aucun lien de subordination ne pouvait être déduit.

⁵²⁰H. GROUDEL, *Le critère du contrat de travail*, Mélanges Camerlynck, éd. D., 1978, p. 49 et A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », RDS. 2000. 131

⁵²¹Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 1991, JCP G 1991.2. 21730, note J. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère} 26 mai 1999, rapp. P. SARGOS

⁵²²Cass. crim., 25 mai 1971, Gaz. pal. 1971. 2.117 ; Cass. crim., 7 nov. 1968, Bull. crim., 1968, n 261 ; Cass. crim., 16 avr. 1975, Gaz. pal. 1975. 506 ; Cass. crim., 14 juin 1990, Bull. crim. 1990, n°245

⁵²³P. MAISTRE du CHAMBON, *Brèves observations sur quelques aspects de l'avant-projet de recodification du droit de la responsabilité civile*, Études offertes à H. GROUDEL, Litec, 2006, p. 263

⁵²⁴Etats-Unis, [Graddy v/ N.Y Med. Coll., 19 A.D.2d 426, 429 \(1st Dep't 1963\)](#), app. den., [13 N.Y.2d 1175 \(1964\)](#); [Bernstein v. Beth Israel Hosp., 236 N.Y. 268 \(1923\)](#).

⁵²⁵Etats-Unis, *Linkous v/ United States*, 142 F3 271 (5th Cir. 1998)

⁵²⁶Etats-Unis, *Beeck v/ Tucson Gen. Hosp.*, 18 Ariz. App. 165, 500 P.2d 274 (Tex. App. 2000)

⁵²⁷Etats-Unis, *Overstreet c/ Doctor's Hospital.*, 142 Ga. App. 895, 227 S.E.2d 213 (1977)

483. Ainsi, on remarque bien que, si comme c'est le cas en droit français, les établissements de santé américains peuvent être responsables des actes fautifs commis par leur personnel médical que s'il est établi qu'il existe un lien de subordination entre eux.

484. L'appréciation du lien de subordination est sensiblement la même dans les deux droits. En France, le lien de subordination ne naît pas seulement du droit, institué par la loi ou le contrat, il naît aussi du pouvoir effectif de donner des ordres en vertu d'autres liens non juridiques unissant le commettant et le préposé. Le rapport de subordination découle plutôt de la possibilité matérielle de donner des directives. La Cour de cassation a d'ailleurs pris acte de la nuance en reconnaissant que: « (...) le rapport de subordination, d'où découle la responsabilité mise à la charge du commettant par l'article 1384, alinéa 5, du Code civil suppose de la part de celui-ci, le pouvoir de faire acte d'autorité en donnant à ses préposés des ordres ou instructions sur la manière de remplir, fût-ce à titre temporaire et sans contrepartie financière, l'emploi confié »⁵²⁸. En conséquence, le lien de subordination découle bien du pouvoir de contrôle et de direction qu'exerce l'employeur envers son employé.

485. Le droit américain rejoint le droit français dans l'appréciation du lien de subordination, mais il n'est pas considéré de manière uniforme par l'ensemble des États. En effet, certains d'entre eux déduisent ce lien du pouvoir de contrôle et de direction qu'exercent les établissements sur leurs médecins, alors que d'autres n'admettent ce lien que si le pouvoir de contrôle a expressément été stipulé dans le contrat de travail⁵²⁹. Dans un cas, le lien est apprécié par rapport à une situation de fait, tandis que dans l'autre, il ne peut être déduit que d'un rapport de droit. Dans tous les cas, l'établissement peut être déclaré responsable du fait de son médecin salarié.

486. Il existe en droit américain, une autre hypothèse de responsabilité du fait d'autrui permettant de limiter la responsabilité personnelle du médecin, il s'agit de la notion d'*agent*⁵³⁰. C'est l'hypothèse où le patient peut légitimement penser que le professionnel de santé agit pour le compte de l'établissement⁵³¹. Ainsi, la responsabilité de l'établissement peut être retenue lorsqu'un de ses médecins a manqué à certaines de ses obligations administratives, comme l'oubli de transmettre les radiographies d'un patient au médecin traitant. C'est ce qu'affirma une cour de l'Indiana en considérant que le transfert des radiographies relevait d'une responsabilité administrative imputable au seul établissement. En l'espèce, le médecin radiologue avait agi en tant qu'agent de l'établissement. Sa responsabilité ne pouvait donc pas être recherchée⁵³². Il en résulte que lorsqu'un médecin commet des fautes dans la réalisation des tâches administratives qui lui incombent, il n'engage pas personnellement sa responsabilité. C'est l'établissement de santé dans lequel il exerce qui doit répondre de ses actes.

⁵²⁸Cass. crim., 14 juin 1990, Bull. crim. 1990, n° 245

⁵²⁹Etats-Unis, Overstreet c/ Doctor's Hospital., 142 Ga. App. 895, 227 S.E.2d 213 (1977)

⁵³⁰Etats-Unis, Arongo v/ Reykal, 507 So. 2d, 1211 (Fla. 4Th, DCA 1987):

⁵³¹Lanza v. Parkeast Hosp., 102 A.D.2d 741 (1st Dep't 1984)

⁵³²Etats-Unis, Keene v/ Methodist Hosp., 324 F. Supp. 233 (N.D.Ind. 1971)

487. La mise en œuvre de la responsabilité du fait d'autrui, permet donc en droit français comme en droit américain, de limiter la responsabilité personnelle du médecin en faisant supporter la faute à l'établissement qui l'emploie. Ce mécanisme de responsabilité indirecte n'est pas le seul à remettre en cause la responsabilité personnelle du médecin. Il existe, en effet, dans les deux législations, des hypothèses d'exonération totale ou partielle de responsabilité.

SECTION II. LES HYPOTHESES D'EXONERATION DE RESPONSABILITE

488. Afin d'engager la responsabilité d'un professionnel de santé, la victime doit démontrer que ce dernier a commis une faute en rapport avec le préjudice dont elle demande la réparation. Il se peut cependant que des éléments interfèrent entre la commission de la faute et la réalisation du dommage, ce qui a pour effet de briser le rapport de causalité. En conséquence, ces éléments extérieurs peuvent faire échapper le médecin à toute responsabilité. Cette exonération peut être soit totale, soit partielle (§1). Ces règles se différencient des règles de prescription légale qui, elles aussi, peuvent anéantir toute possibilité d'action contre un médecin fautif (§2).

§1. Les causes d'exonération de responsabilité

489. En droit français, l'ensemble des causes générales d'exonération liées à la rupture du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage est désigné sous le terme de « cause étrangère », terme générique désignant, tout fait ou tout événement qui, intervenant dans la réalisation d'un dommage, constitue une cause d'exonération de la responsabilité. Elle recouvre trois hypothèses: le cas fortuit, le fait du tiers et le fait de la victime.

490. Seul le droit français a aménagé des dispositions particulières concernant la force majeure, comme cause d'exonération de la responsabilité du médecin (I).

En revanche, les notions de contribution de la victime à son propre dommage et le fait d'un tiers dans la réalisation du préjudice, sont des causes d'exonération en vigueur dans les deux droits (II). Le droit américain a par ailleurs développé des causes d'exonération qui lui sont propres, il s'agit des notions de *good samaritan statute* d'immunité (III).

I. La force majeure, particularité du droit français

491. En France, le droit aménage des possibilités, d'exonération totale de responsabilité que celles-ci soient de nature contractuelle ou délictuelle, si le fait dommageable est lié à la survenance d'une force majeure ou d'un cas fortuit⁵³³. La force majeure ne permet l'exonération totale de responsabilité d'un professionnel de santé que si elle réunit les caractères d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité⁵³⁴.

⁵³³Cass, AP, n°2006-04-14, 04-18902, Publié au bulletin et Cass, AP, n°2006-04-14, 02-11168, Publié au bulletin

⁵³⁴M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, T. 4, 2^{ème} éd., 1952 n° 383 : « La raison de l'irresponsabilité du débiteur quand une cause étrangère imprévisible et irrésistible l'a empêché de satisfaire le créancier ou a entraîné un dommage pour celui-ci, est qu'en pareil cas on ne peut le considérer comme fautif ».

492. L'irrésistibilité est la condition essentielle de la force majeure. Elle implique un événement que l'agent ne pouvait surmonter, parce qu'il était d'une force excédant la sienne. Elle est appréciée avec rigueur par la jurisprudence qui exige que l'agent ait été dans l'impossibilité « absolue » d'agir autrement qu'il ne l'a fait. Pour autant, les tribunaux ont une conception « relativiste » de l'irrésistibilité de la force majeure, en ce sens qu'ils recherchent concrètement si l'événement était irrésistible pour l'agent. Ils se fondent en effet sur une analyse subjective de la situation⁵³⁵.

493. L'imprévisibilité est également une condition de recevabilité de la force majeure. C'est-à-dire qu'elle ne doit pas raisonnablement avoir pu être prévue. En matière contractuelle, l'imprévisibilité est appréciée au moment de la conclusion du contrat, alors qu'en matière délictuelle, elle est appréciée au moment de la réalisation du dommage. Certains événements prévisibles, mais dont les conséquences sont inévitables en dépit des précautions prises, sont également constitutifs de la force majeure. Ce peut être fréquemment le cas en matière médicale. L'hypothèse type reste la survenance de complications lors d'une intervention.

494. Enfin, l'extériorité est la dernière condition requise à la recevabilité de la force majeure. Cependant, l'extériorité de l'événement n'est pas requise dans le cadre d'une responsabilité pour fait personnel. Lorsqu'elle est exigée, elle traduit l'obligation du responsable de répondre du fait d'autrui et du fait des choses qu'il utilise⁵³⁶.

495. Dès lors que la force majeure est constatée, elle exonère toute responsabilité. Elle fait en effet disparaître toute possibilité d'action en responsabilité délictuelle, de même qu'un quelconque droit à des dommages et intérêts contractuels, car elle a pour effet d'effacer tout lien de causalité existant entre le fait générateur et le dommage. Il en résulte que la force majeure entraîne une irresponsabilité totale, si elle est définie par l'impossibilité absolue d'empêcher le dommage par suite de circonstances insurmontables, imprévisibles et externes⁵³⁷. Il existe d'autres hypothèses venant perturber la causalité entre le préjudice de la victime et l'action de l'auteur supposé du dommage. Il s'agit des hypothèses du fait de la victime et de l'intervention du fait d'un tiers.

⁵³⁵Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, pourvoi n°91-17.459, JCP G, 1994.I. 3773, spéc. n°6, obs. G. VINEY ; Cass., com., 1^{er} oct. 1997, pourvoi n°95 12 435; D. 1998. 1999, obs. Ph. DELEBECQUE ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2003, n° 955 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF 1992, n° 109 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, J. GHESTIN, *Les conditions de la Responsabilité*, 2006, Traité de droit civil, 3^{ème} ed., LGDJ, n° 398, critiquent cette position « relativiste ».

⁵³⁶Cass. civ. 2^{ème}, 6 mars 1959, Bull. civ. 2, n°243

⁵³⁷Cass. civ. 2^{ème}, 15 juin 1977, Bull. civ. 2, n°153

II. Le fait de la victime et le fait du tiers, hypothèses d'exonération commune à la France et aux Etats-Unis

496. Certains faits extérieurs à la faute du professionnel de santé, doivent être pris en compte dans la réparation du préjudice de la victime. Il se peut en effet, que le propre fait de la victime ou le fait d'une personne tierce à la relation médecin patient, ait joué un rôle non négligeable dans la réalisation du préjudice. Dans ce cas, il incombe au défendeur d'établir s'il y a lieu, la cause d'exonération, qu'elle soit le fait de la victime (1) ou d'un tiers (2). Cette règle est de rigueur en droit français⁵³⁸, comme en droit américain⁵³⁹.

1. La participation de la victime à son propre préjudice

497. En droit français, lorsque le fait de la victime a les caractéristiques de la force majeure, l'exonération du débiteur est totale. La force majeure confère au fait de la victime, la qualité d'un fait générateur de responsabilité, c'est-à-dire un fait anormal et causal. Il n'est donc pas nécessaire de constater l'existence d'une faute. Lorsqu'au contraire, le fait de la victime n'est pas imprévisible ou irrésistible, l'exonération totale est impossible. Le fait de la victime entre en effet, en concours avec le fait du débiteur. L'auteur du dommage ne pourra donc être exonéré que partiellement tout comme la réparation de la victime tant en matière délictuelle que contractuelle⁵⁴⁰. Encore faut-il que la faute de la victime soit véritablement avérée⁵⁴¹.

498. Si la faute de la victime est caractérisée, il y a concours de causes du dommage. Le défendeur verra ainsi sa responsabilité réduite en fonction de la gravité de la faute commise par la victime et de l'évaluation de sa propre faute. Il en résultera par ailleurs, une diminution de l'indemnisation de la victime⁵⁴². Cette diminution n'est pas une faculté laissée à la discrétion de tribunaux, mais une obligation pour ces derniers dès lors qu'ils constatent l'existence d'une faute de la victime. A titre d'exemple, la victime contribue à la survenance du dommage en ne dévoilant pas à son médecin, l'ensemble de ses symptômes. Le médecin quant à lui, commet une faute, lorsqu'il ne pousse pas les recherches aussi loin qu'il aurait pu le faire. Il manque donc à son obligation de moyens de tout mettre en œuvre, pour permettre la guérison de son patient. Sa responsabilité sera évaluée au prorata de sa faute dans la réalisation du préjudice de la victime.

⁵³⁸Cass. civ. 3^{ème}, 12 juil. 1995, JCP G 1995.IV. 2237

⁵³⁹Etats-Unis, N.Y. Code, Gen. Oblig. Law § 15-108

⁵⁴⁰Cass. com. 22 mai 2000, JCP E 2000. 1140, note P. M. LE CORRE

⁵⁴¹Cass. civ. 2^{ème}, 9 déc. 1992, Bull. civ. 2, n°305, La faute de la victime est appréciée par les juges du fond et soumis au contrôle de la Cour de cassation

⁵⁴²Cass. requ. 17 septembre 1940, Gaz. pal. 1940.2. 56 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1982, Bull. civ. I., n° 335 ; RTD civ. 1983. 342, obs. G. DURRY

499. Pour autant, le simple fait causal de la victime dans la réalisation du dommage est insuffisant à justifier une réduction de son indemnisation. C'est ce qu'a récemment décidé la Cour de cassation dans un arrêt récent du 17 janvier 2008⁵⁴³. En l'espèce, un dentiste martiniquais, avait tenté d'extraire une dent à un de ses patients sans y parvenir. Malgré l'échec de l'extraction, le patient eu, à la suite de cet acte médical, « des sifflements et des saignements de sa narine droite ». Après des examens, il décida de se faire soigner en Métropole, mais la climatisation de l'avion et l'altitude ont aggravé son état. La Cour d'appel a alors estimé qu'un partage de responsabilité s'imposait car la victime avait « pris un risque » qui a eu un « rôle causal dans l'apparition de son dommage ». La Cour de cassation censura cette décision au motif que « seule une faute du patient peut exonérer, totalement ou partiellement, le praticien de sa responsabilité. Autrement dit, la simple participation causale de la victime à la réalisation de son dommage, ne justifie pas une limitation de son indemnisation. Ainsi, pour la Cour, le risque pris par la victime pour améliorer son état de santé ne peut être considéré comme une faute de nature à diminuer son indemnisation⁵⁴⁴.

500. Comme le droit français, le droit américain a également développé la notion de contribution de la victime à son propre préjudice, sous le terme *contributory negligence* (*contribution à la faute*). Pour autant, contrairement au droit français qui est toujours resté relativement linéaire sur les conséquences de la faute de la victime dans l'indemnisation du préjudice, le droit américain a connu quelques évolutions.

501. Le droit américain admit pour la première fois, que la faute de la victime pouvait avoir un rôle causal dans la réalisation du dommage dans l'arrêt *Rahn c/ United States*⁵⁴⁵ de 1963. Dans cette affaire, les juges ont reconnu que la victime pouvait participer à la réalisation de son préjudice et qu'il appartenait au juge de déterminer dans quelle mesure, cette dernière pouvait être déclarée responsable de ses actes.

⁵⁴³Cass civ. 1^{ère}, 17 janv. 2008, pourvoi n°06 20 107; Bull. civ. 2008.I, n°14 ; D. 2008. 1256, note A. DUMERY ; P.A , 4 avr. 2008, p. 10, note C. YOUEGO ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 110, note C. RADE

⁵⁴⁴Ph. STOFFEL-MUNK, chronique de responsabilité civile, JCP G 17 sept. 2008, n° 38.I. 186

⁵⁴⁵États-Unis, *Rahn v/ United States* (S.D.Ga. 1963), D.M. HARNEY, *Medical Malpractice*, The Michie Company, Charlottesville, 2nd ed., 1987, p. 168

502. Pour autant, déterminer dans quelle mesure le patient est responsable de son préjudice n'est pas évident. Le recours à une expertise médicale est donc très souvent nécessaire. A cet effet, il a été soutenu dans un arrêt *Barton v/ Owen* que, seul un expert était en mesure d'affirmer que les agissements du patient ont aggravé son état de santé⁵⁴⁶. Il résultait de cette jurisprudence que quand il était avéré que le patient avait contribué à son préjudice à un niveau tel que le médecin ne pouvait pas être tenu pour responsable, on dit du patient qu'il doit porter l'entière responsabilité de la faute. Cette approche de la limitation de la responsabilité du médecin portait le nom de *the all or nothing contributory* (*théorie du tout ou rien*). Elle signifiait que dès lors que la faute du patient était caractérisée, le médecin était totalement exonéré de sa responsabilité.

503. Si au contraire, la faute n'était pas avérée, le médecin était déclaré responsable pour le tout. A titre d'exemple, les juges ont retenu la responsabilité du patient, lorsque à la suite d'une intervention sur son membre inférieur, il décida de marcher, alors que cela lui avait été fortement déconseillé⁵⁴⁷. Il avait également été jugé que le patient devait endosser toute la responsabilité, lorsque celui-ci avait délivré de mauvaises informations au médecin concernant son état de santé, ce qui avait conduit le professionnel à lui administré une mauvaise prescription⁵⁴⁸.

504. Il n'existait donc pas, comme en droit français, de partage de responsabilité en cas de faute de la victime. La responsabilité du médecin ne pouvait en aucun cas être évaluée au prorata de sa faute dans la réalisation du préjudice. L'entêtement du patient était pour le médecin américain, un fabuleux argument de défense lui permettant de s'exonérer de toute responsabilité.

505. Cette appréciation de la victime n'est aujourd'hui plus en vigueur en droit américain. La jurisprudence est en effet de plus en plus encline à admettre une diminution de la responsabilité du médecin. Cet assouplissement du régime du droit américain est connu sous le terme de *comparative negligence*⁵⁴⁹. Ainsi la défenderesse ne peut plus être totalement exonérée de sa responsabilité, mais elle peut voir la somme de ses dommages et intérêts diminuée. La participation du patient dans la réalisation du dommage, n'est plus de nature à exonérer totalement la responsabilité du médecin. Elle permet simplement de voir cette responsabilité amoindrie. Il en résulte que, dès lors que la négligence du patient est avérée, celui-ci ne peut prétendre qu'à une partie de la réparation du préjudice subi.

⁵⁴⁶Etats-Unis, *Barton v/ Owen*, 71 Cal, App. 3D 484, 139 Cal. Rptr, 494, 506 (1977)

⁵⁴⁷Etats-Unis, E.g. *McGill v/ French*, 333 N.C.209, 424 S.E.2d 108 (1993); *Gruild v/ Schell*, 1966 2I. App. 3D 276, 519 N.E.2d 963(1st District 1988)

⁵⁴⁸Etats-Unis, E.g *Rochester v/ Katalan*, 320 A.2d 704 (Del. 1974)

⁵⁴⁹Etats-Unis, [O'Rourke v/ Long Island Daily Press Publ'g Co.](#), 41 N.Y.2d 219, 226 (1976); [Heifetz v/ Metro. Jewish Geriatric Ctr.](#), 135 A.D.2d 498, 500 (2d Dep't 1987); [Krauth v/ Richmond Mem'l Hosp.](#), 13 N.Y.2d 949 (1963). The court dismissed this action for medical malpractice because the plaintiff's contributory negligence was the proximate cause of the injury ;

506. Le jury peut donc, au terme du procès, décider que la responsabilité de la victime et du professionnel doit être partagée. Il est tout à fait possible que le jury attribue un pourcentage de responsabilité aux deux parties, et fixe le montant des dommages et intérêts dus au demandeur, proportionnellement au degré de responsabilité de chaque partie. Pour autant, certaines juridictions considèrent que dès lors, que le patient est considéré comme majoritairement responsable du dommage, celui-ci ne peut prétendre à aucune indemnisation⁵⁵⁰.

507. En conséquence, depuis que la théorie de la *comparative negligence* a été adoptée aux Etats-Unis, la faute de la victime est appréciée de façon très similaire en droit français et en droit américain. Les deux droits admettent en effet, que cette dernière ait pu jouer un rôle important dans la réalisation du préjudice et qu'en conséquence, il est juste que la responsabilité soit partagée à hauteur de la faute de chacune des parties. De la même façon, il est tout à fait équitable pour le défendeur que sa responsabilité soit diminuée.

508. Le droit américain opte pour une « responsabilisation » accrue des patients dans l'indemnisation de leur préjudice. Il considère en effet, que ces derniers sont de plus en plus enclins à faire valoir leur autonomie dans le traitement médical. Ils sont de plus en plus informés des risques et des maladies qui les entourent, et sont donc persuadés être les plus à même de prendre les bonnes décisions concernant leur santé. L'avis des médecins est aujourd'hui considéré comme beaucoup moins important qu'il y a quelques décennies. Les patients peuvent décider de leur traitement et surtout de la façon dont ils doivent le suivre. Cette attitude n'est pourtant pas sans risque. Lorsque ces risques se matérialisent, les patients fuient leurs responsabilités et cherchent à tout prix un responsable. La personne idéale dans ce cas est le médecin. Cette solution n'est pas profitable au bon équilibre de la relation médecin-patient. Ainsi, il est nécessaire de mettre le patient face à ses responsabilités en lui faisant prendre conscience de la conséquence de ses actes dans la réalisation du dommage.

2. *Le fait d'un tiers*

509. Outre la faute de la victime, la participation d'un tiers dans la réalisation du dommage est susceptible d'écarter la responsabilité du médecin. C'est le cas, lorsque celui-ci est irrésistible ou imprévisible pour le défendeur. Il absorbe en effet, l'intégralité de la causalité et s'apparente à un cas de force majeure dont il présente les mêmes caractères. Dans ce cas, le médecin pourra se voir complètement exonéré de sa responsabilité. La victime, pour obtenir l'indemnisation de son préjudice pourra toutefois se retourner contre le tiers, dès l'instant où elle apporte la preuve que le fait de ce dernier est la cause exclusive du dommage, qu'il s'agisse d'un simple fait non fautif ou d'une véritable faute⁵⁵¹.

⁵⁵⁰Etats-Unis, E.G. Jensen v/. Intermountain Health Care, Inc.; 679 P.2d 903 (Utha 1984); contra Hoffman v/. Jones, 280 So. 2D 431 (Fla. 1973)

⁵⁵¹J.-C. SAINT-PAU, Jurisclasseur Classeur Civil, Lexisnexis, articles 1146 à 1155, n° 30 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis D., 9^{ème} éd. 2005, n° 803 (position contraire)

510. Pour autant, il arrive que le fait d'un tiers ne soit pas la cause exclusive du dommage. Il peut en effet arriver que le médecin soit partiellement fautif et qu'il soit donc en partie à l'origine du préjudice. Tel est le cas lorsque le fait du tiers n'est ni imprévisible ni irrésistible. Le débiteur peut-il dès lors, invoquer le fait du tiers en tant que cause d'exonération partielle? Dans un arrêt du 29 mars 2001, la Cour de cassation répond clairement à cette question. La coexistence de la faute du débiteur et du fait d'un tiers, ne constitue en aucune façon un motif de son exonération, fût-ce partiellement, vis-à-vis de la victime⁵⁵². Au regard de cette décision, la Cour de cassation s'attache au principe de l'obligation *in solidum* des responsables, selon lequel chaque coauteur est tenu envers la victime, de la totalité du dommage⁵⁵³. L'objectif est en effet de simplifier le contentieux pour la victime qui ainsi, n'a pas à diviser ses actions en lui garantissant une indemnisation totale en cas d'une insolvabilité éventuelle d'un des codébiteurs.

511. L'obligation *in solidum* s'explique par l'application de la théorie de l'équivalence des conditions selon laquelle l'ensemble des faits ayant participé à la réalisation du dommage est pris en compte. Toutes les causes sont indivisibles à l'égard de la victime. Dès lors, le médecin, condamné *in solidum* avec le tiers, devra prendre en charge intégralement la réparation du préjudice⁵⁵⁴, sauf bien entendu à exercer une action récursoire contre le tiers fautif. En conséquence, si le fait du tiers présente toutes les caractéristiques de la force majeure, il est une cause unique du dommage et permet l'exonération totale du médecin. Si au contraire, le fait du tiers a contribué pour partie à la réalisation du dommage et que le défendeur a également par sa faute contribué à sa survenance, la victime pourra exercer une action contre les deux protagonistes, et ainsi obtenir leur condamnation *in solidum*.

512. Tout comme en droit français, le droit américain prend également en compte le fait du tiers dans la réalisation du dommage. C'est ainsi que s'est développée la notion de *culpable conduct of other defendants* (attitude fautive d'autres défendeurs). En effet, il est possible qu'une personne tierce, autre que le professionnel de santé désigné par la victime, ait contribué au préjudice. Dans ce cas, le droit américain admet que la faute de cette personne puisse diminuer la responsabilité du professionnel. Ainsi, le médecin peut voir sa responsabilité diminuée en apportant la preuve que la cause du dommage n'est pas entièrement de son fait. Il peut alors faire valoir son droit au partage de responsabilité, mais aussi au partage des dommages et intérêts avec le tiers responsable⁵⁵⁵.

⁵⁵²Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 2001, D. 2001, IR p 1284; Bull. civ. 2, n° 68

⁵⁵³Cass. civ., 11 juill. 1892, D. 1894.I. 561

⁵⁵⁴Cass. civ. 2^{ème}, 23 avr. 1971, JCP G 1972.2. 17086, note L. BORE

⁵⁵⁵[Etats-Unis, Suria v/. Shiffman, 107 A.D.2d 309, 313 \(1st Dep't 1985\)](#), aff'd as mod., [67 N.Y.2d 87 \(1986\)](#); [Dunn v/. Catholic Med. Ctr., 55 A.D.2d 597 \(2d Dep't 1976\)](#); [Quinones v. Pub. Adm'r, 49 A.D.2d 889, 890 \(2d Dep't 1975\)](#).

513. Le partage de responsabilité n'a aucune incidence sur la réparation du préjudice de la victime. Le médecin et le tiers responsable seront condamnés *in solidum* à réparer le préjudice de cette dernière⁵⁵⁶. Ainsi, la victime pourra se tourner vers l'un ou l'autre des responsables et demander l'intégralité de la réparation de son dommage. Cette règle n'a pas toujours été de vigueur. En effet, le droit américain considérait que devant un cas de coresponsabilité, l'indemnisation de la victime devait se faire à hauteur de la faute de chacun des coauteurs du dommage⁵⁵⁷. Aujourd'hui, le droit américain penche vers une responsabilité *in solidum* du préjudice. En ce sens, la position du droit américain est la même que celle du droit français qui estime que, lorsque le fait du tiers a contribué pour partie à la réalisation du dommage et que le défendeur a également par sa faute contribué à sa survenance, la victime pourra exercer une action contre ces deux personnes et demander l'intégralité de la réparation de son préjudice à l'une ou à l'autre, peu importe que l'une d'entre elle ait contribué plus que l'autre, à la survenance du préjudice.

III. Une hypothèse supplémentaire d'exonération de la responsabilité du médecin en droit américain, l'intervention du bon samaritain

514. En dehors du cas où les juges retiennent une atténuation de la responsabilité du médecin, il existe en droit américain, une autre hypothèse légale d'exonération de responsabilité en matière médicale. Il s'agit de l'immunité délivrée par le *good samaritan statute* (*Statut du Bon samaritain*)⁵⁵⁸.

515. Le statut du bon samaritain s'applique dans les hypothèses où le médecin intervient bénévolement pour aider des personnes se trouvant médicalement, dans une situation d'urgence. En effet, le droit américain admet que le médecin qui cause un préjudice à autrui ne puisse dans ce cas pas engager sa responsabilité personnelle. L'immunité a pour effet d'anéantir toutes poursuites judiciaires dont il ferait l'objet, à moins que l'immunité dont il bénéficie n'ait été mise à mal par une relation consensuelle préexistante⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶Etats-Unis, *Galioto v/ Lakeside Hosp.*, 123 A.D.2d 421, 422 (2d Dep't 1986)

⁵⁵⁷[Etats-Unis, N.Y. Statute of Limitations C.P.L.R. § 140](#). « The difference between contribution and indemnity is that one joint tortfeasor pays his pro rata share and extracts the excess if the plaintiff forces him to pay more, but a defendant held liable because of the negligence of another tortfeasor is entitled to be reimbursed for any payment to the plaintiff ». [Rosado v/ Proctor & Schwartz, Inc.](#), 66 N.Y.2d 21 (1985)

⁵⁵⁸Etats-Unis, « Good Samaritan, Charitable Care Statutes, and Specific Provisions, Related to Disaster Relief Efforts », American Medical Association, Chicago IL, 27 Août 2008 (http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/goodsamaritansurvey_rev%20082708.pdf), consulté le 18 mai 2009

⁵⁵⁹Etats-Unis, *Hyde v/ University of Michigan. Bd. Regents*, 426 Mich. 223, 393 N.W.2d 847 (1986) Public general Hospital is governmental function

516. Les dispositions relatives à cette immunité se retrouvent dans l'ensemble des États-Unis, et sont applicables aux médecins libéraux comme aux médecins hospitaliers⁵⁶⁰. Pour ces derniers cependant, le gouvernement fédéral ainsi que plusieurs États ont publié des lois, appelées *torts claims acts*, qui paralysent l'immunité des professionnels hospitaliers et permettent donc leur poursuite en justice. Ceci est expliqué par le fait que les établissements de santé dans lesquels travaillent ces médecins, sont couverts par une assurance responsabilité capable de prendre en charge les victimes des préjudices causés. Toute action à leur égard est alors possible, puisque l'immunité est abandonnée au profit du fond d'assurance privée⁵⁶¹.

517. Le statut du bon samaritain en droit américain n'a pas d'équivalence en droit français, car l'article 223-6⁵⁶² du code pénal réprime l'infraction de non-assistance à personne en péril. Dès lors, le droit français oblige l'intervention du médecin qui se trouve face à une personne en situation d'urgence⁵⁶³. Il n'impose cependant pas la réussite de cette assistance, l'essentiel étant que la personne obligée ait tout mis en œuvre pour porter secours.

518. L'article 223-6 du code pénal ne suppose pas non plus le caractère efficace de l'assistance. Ainsi, celui qui a volontairement omis de porter secours à une personne en péril ne peut invoquer valablement, pour se dégager de sa responsabilité, que le secours, en raison de la gravité des blessures, aurait été inefficace⁵⁶⁴. De même, comme l'énonce un arrêt de la cour d'appel de Nancy en date du 27 octobre 1965⁵⁶⁵, l'omission de porter secours est indépendante de l'état physiologique de la victime et de son évolution fatale, car l'infraction n'est pas le fait de ne pas avoir sauvé la vie de quelqu'un, mais de ne pas lui avoir prêté une aide ou une assistance sans que l'intervention soit subordonnée à l'efficacité du secours.

⁵⁶⁰Exemple des dispositions relatives au good samaritan statute de l'Etat de New York : NY C.L.S E.D.N § 6527, Special provisions, « (...) Any licensed physician who voluntarily and without the expectation of monetary compensation renders first aid or emergency treatment at the scene of an accident or other emergency, outside a hospital, doctor's office or any other place having proper and necessary medical equipment, to a person who is unconscious, ill or injured, shall not be liable for damages for injuries alleged to have been sustained by such person or for damages for the death of such person alleged to have occurred by reason of an act or omission in the rendering of such first aid or emergency treatment unless it is established that such injuries were or such death was caused by gross negligence on the part of such physician. Nothing in this subdivision shall be deemed or construed to relieve a licensed physician from liability for damages for injuries or death caused by an act or omission on the part of a physician while rendering professional services in the normal and ordinary course of his practice » :

⁵⁶¹Etats-Unis, *Fields v/ Curator of University of Mo.* 848 S.W.2d 589 (Mo. Ct App. 1993)

⁵⁶²CP, art. 223-6

⁵⁶³A. GUILLON, « L'omission de porter secours et la profession médicale », JCP G 1956. I. 1294 ; L. MELENNEC, J. SICARD et R. TORTAT, « Le médecin et l'abstention délictueuse », Gaz. Pal. 1977.I. doctr. p. 66

⁵⁶⁴Cass. crim., 23 mars 1953, Bull. crim. 1953, n°104 ; D. 1953. 371 ; JCP G 1953.2. 7584, Gaz. Pal. 1953.I., p. 416

⁵⁶⁵CA Nancy, 27 oct. 1965, D. 1966. 30, note LORENTZ

519. Au contraire, le droit américain n'oblige en rien l'intervention du médecin et protège même ce dernier en cas de survenance d'un préjudice. En effet, en droit américain, l'absence de secours ne constitue pas une infraction pénale, car il est considéré que dès lors qu'un médecin porte secours à une personne en état de danger, il ne peut engager sa responsabilité⁵⁶⁶. Le comportement altruiste du professionnel de santé anéantit ainsi toutes possibilités d'être mis en cause juridiquement. Le statut du bon samaritain annule donc toutes poursuites contre les personnes fournissant une assistance prudente et raisonnable sans aucune forme de rémunération. Cette disposition a pour but d'encourager et de rassurer les médecins qui interviennent spontanément dans des cas d'urgence.

§2. Les règles de procédures limitant la responsabilité du médecin : les délais de prescription ou *Statute of limitations*

520. En France et aux États-Unis, les règles relatives au délai de prescription permettent au médecin d'échapper à sa responsabilité. Ainsi en droit français, l'article 2219 du Code civil énonce que : « *La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ». La prescription en matière administrative répond quant à elle, à la règle de la « déchéance quadriennale » issue de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968.⁵⁶⁷

521. En matière de responsabilité médicale, les règles de prescription ont connu une véritable simplification avec la promulgation de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Auparavant, en effet les règles relatives à la prescription étaient soumises aux régimes auxquels elles appartenaient.

522. Ainsi, les actions en responsabilité contre les établissements hospitaliers étaient soumises à la prescription quadriennale, tandis que les actions en responsabilité civile étaient soumises, à la prescription trentenaire concernant les litiges nés d'un contrat de soins ou à la prescription décennale concernant les litiges causés par un délit⁵⁶⁸. Désormais, le délai de prescription est unique : il est de dix ans à compter de la consolidation du dommage⁵⁶⁹ (I).

523. Le droit américain a également établi des règles venant éteindre toute action en responsabilité contre un médecin présumé fautif. Il s'agit des *statutes of limitations*. Pour autant, à la différence du droit français, le droit américain ne connaît pas de régime unique relatif aux règles de prescription en matière de responsabilité médicale, les délais de prescription varient en effet, en raison du préjudice subi mais également du régime en vigueur dans l'Etat dans lequel il s'applique (II).

⁵⁶⁶Etats-Unis, «Good Samaritan, Charitable Care Statutes, and Specific Provisions, Related to Disaster Relief Efforts », American Medical Association, Chicago IL, 27 Août 2008 (http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/goodsamaritansurvey_rev%20082708.pdf), consulté le 18 mai 2009

⁵⁶⁷Décret n°98-81 du 11 fév. 1998 modifiant la loi n° 68-1250 du 31 déc. 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics et relatif aux décisions prises par l'Etat en matière de prescription quadriennale ; V.B. JACKSON « La prescription quadriennale des créances détenues sur l'administration », RDP, 2001. 865

⁵⁶⁸C. civ. 2270-1

⁵⁶⁹C. santé. publ. art. L. 1142-28

I. Simplification des règles de prescription depuis la loi du 4 mars 2002 en droit français

524. Avant la promulgation de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, le délai de prescription, durant lequel la victime devait agir au civil pour ne pas perdre son droit à l'action, était différent selon que la victime se trouvait dans un rapport de nature délictuel ou contractuel (1). De même, la victime d'une faute médicale intervenue au sein d'un hôpital public devait respecter les règles de procédure propre à l'administration (2). La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 est venue apporter davantage de cohérence dans les règles de prescription en mettant en place une règle unique applicable tant en droit privé qu'en droit public (3).

1. Les règles de prescription de l'action civile

525. En matière contractuelle, la règle fut posée par l'arrêt Mercier de 1936. La victime disposait d'un délai de 30 ans à compter de l'apparition du préjudice pour introduire une action en justice contre l'auteur du dommage. Ceci résultait de l'article 2262 du Code civil en application des règles de la responsabilité contractuelle. En matière délictuelle, l'ancien article 2270-1 du Code civil précisait que la victime disposait d'un délai de 10 ans à compter de la réalisation du dommage pour agir en justice. Il existait donc une véritable disparité entre les préjudices résultant d'une situation contractuelle et ceux résultant d'une situation délictuelle. Cette disparité existait au regard de la durée de la prescription et de la computation du délai.

526. A la difficulté relative de la durée du délai de prescription, il fallait ajouter celle relative à la computation du délai. L'évènement qui devait être pris en compte comme point de départ du calcul n'était, en effet pas le même en matière contractuelle et en matière délictuelle. Ainsi en matière délictuelle, la prescription ne commençait à courir qu'au moment où le dommage s'était réalisé⁵⁷⁰.

527. Il était cependant possible que le point de départ de la prescription soit reporté au jour où la victime avait pu avoir effectivement connaissance du fait dommageable, de son aggravation ou de la date à laquelle ce dommage lui a été révélé⁵⁷¹.

528. Dans le domaine de la responsabilité contractuelle, le point de départ se situait au jour où le créancier pouvait exercer son action, c'est-à-dire à compter du moment où sa créance devenait exigible, mais cette règle pouvait souffrir d'aménagements. Ainsi, le délai de prescription pouvait être suspendu jusqu'au jour où le préjudice était apparu, c'est à dire au jour de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il avait révélé à la victime.

⁵⁷⁰Cass. civ., 27 juin 1904, D. 1906.1. 117 ; Cass. req., 24 oct. 1927, Gaz. Pal. 1927.2., p. 890

⁵⁷¹C. civ. anc. art. 2270-1: « Les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation », modifié par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 ; C. civ. art. 2226 : « L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé. Toutefois, en cas de préjudice causé par des tortures ou des actes de barbarie, ou par des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile est prescrite par vingt ans »

529. Depuis la loi du 4 mars 2002, le délai de prescription est uniformément fixé à 10 ans par le nouvel article L 1142-28 du code de la santé publique qui dispose dorénavant que: « *Les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'acte de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage* ».

2. *Les règles de prescription en matière administrative*

530. Le patient, victime d'un dommage survenu dans un établissement public de soins, se devait de respecter les règles de procédure propres à l'administration. Ainsi, la victime d'un accident médical devait, réclamer l'indemnisation du préjudice qu'elle estimait avoir subi par la présentation d'une demande préalable. Seule cette demande préalable était susceptible de lier le contentieux⁵⁷². En l'absence de celle-ci, la victime ne pouvait en aucun cas prétendre à la réparation de son préjudice⁵⁷³. La demande préalable pouvait être acceptée, mais aussi refusée ou même ignorée.

531. En cas de rejet, la victime disposait d'un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de rejet (ou de la demande préalable en cas de silence de l'administration), pour porter le litige devant les juridictions contentieuses⁵⁷⁴.

532. La demande préalable pouvait également être directement déférée devant le juge administratif. Pour autant, la réclamation du préjudice subi n'était possible, que si elle intervenait durant le délai de prescription quadriennale propre à l'administration. En effet, le législateur dans une loi du 31 décembre 1968⁵⁷⁵, a enfermé l'exercice de recours contentieux des créances dues par l'administration, dans un délai de quatre ans à compter du moment où la victime a eu connaissance de son préjudice. Ainsi, en matière de dommage corporel, seule la consolidation des blessures permet de déterminer le montant de la créance due par l'administration⁵⁷⁶. Ces créances nées du dommage, se rattachent à l'année au cours de laquelle les conséquences dommageables ont pu être appréciées dans toute leur étendue⁵⁷⁷. Dès lors, si la victime décidait de saisir le juge administratif quatre ans après avoir eu connaissance du dommage né d'un fait dommageable imputable à l'administration, celle-ci se voyait opposée le délai de prescription issu de la loi du 31 décembre 1968. L'action était prescrite et les droits de la victime étaient éteints.

⁵⁷²CJR, art. R. 421-1

⁵⁷³CE, 30 juin 2005, Département de la Mayenne, Rec., 576

⁵⁷⁴CJR, art. R. 421-2

⁵⁷⁵Décret n°98-81 du 11 fév. 1998 modifiant la loi n° 68-1250 du 31 déc. 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics et relatif aux décisions prises par l'Etat en matière de prescription quadriennale ; V.B. JACKSON « La prescription quadriennale des créances détenues sur l'administration », R.D.P., 2001. 865

⁵⁷⁶CE, 28 oct. 1955, Ville de Rueil-Malmaison c/ Lepage, Rec. CE 1955, p. 504 ; JCP G 1956.2. 9051, note A. PLANTEY ; AJDA 1956, p. 74, note W. COULET ; CE, 8 déc. 1965, Placenti, Rec. CE 1965, p. 668, R.D.P 1966, p. 960, note M. WALINE ; CE, 4 oct. 1968, Doukakis, D. 1968. 712, concl. MORISOT, JCP G 1968.2. 15668, note R. SAVATIER ; AJDA 1969, p. 368, note J. MOREAU

⁵⁷⁷CE, 24 mai 1938, Wreczycki, Rec. CE 1938, p. 464 ; CE, 27 févr. 1957, Ville La Rochelle, Rec. CE 1957, p. 120, R.D.P 1957, p. 679, concl. TRICOT

3. *La prescription décennale de la loi du 4 mars 2002*

533. Dans un souci d'harmonisation des règles de prescription en matière de responsabilité civile et administrative, la loi du 4 mars 2002 a mis en place un délai de prescription décennal, tant pour le malade qui a subi un préjudice au sein d'un hôpital public, que pour celui qui a subi un préjudice au sein d'une structure de soins privée. En effet, la disparité des régimes jusque-là en vigueur, avait suscité l'indignation de certaines associations de malades qui ne la comprenaient pas. C'est dans ce contexte que l'article 98 de la loi du 4 mars 2002 promulguée, inséré à l'article L 1142-28 du Code de la santé publique a vu le jour.

534. Aujourd'hui, la victime d'un dommage corporel consécutif à un acte de diagnostic, de prévention ou de soins peut donc mettre en œuvre la responsabilité du professionnel fautif dans un délai de 10 ans suivant la consolidation de son dommage réalisé par des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés, c'est-à-dire à la date à laquelle les séquelles de l'accident se figent sans espoir d'amélioration⁵⁷⁸. Passé ce délai, l'action en justice devient prescrite et le droit de la victime à faire valoir son préjudice s'éteint.

535. Les règles de prescription en matière civile et administrative répondent désormais du même régime. Il existait pourtant une incohérence entre la loi du 4 mars 2002 et la loi du 31 décembre 1968 relative à la déchéance quadriennale pour les créances prescrites avant l'entrée en vigueur de la loi. En effet, devait-on comprendre que celle-ci ne trouve plus à s'appliquer pour les litiges opposés à l'administration hospitalière? La règle fut posée par un avis du Conseil d'Etat en date du 19 mars 2003. Il résulte de ces dispositions qu'elles « *n'ont pas pour effet de relever de la prescription celles des créances qui, à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, étaient prescrites en application de la loi du 31 décembre 1968* »⁵⁷⁹. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, le délai de prescription en matière médicale est passé de quatre à dix ans pour les actions engagées devant l'administration ou le juge administratif, sous réserve que le délai de quatre ans ne soit pas définitivement épuisé à cette même date. Les usagers des hôpitaux publics, victimes d'une faute médicale, devront alors prendre en compte les délais de prescription de la loi du 4 mars 2002 combinés à ceux de la loi du 31 décembre 1968. Ils devront d'abord s'assurer que la prescription quadriennale des créances de l'administration n'est pas échue pour ensuite agir dans le délai de prescription décennale issu de l'article L. 1142-28 du Code de la santé publique.

⁵⁷⁸La consolidation du dommage intervient lorsque l'état de la victime n'est plus susceptible d'évolution, à moins que ce dernier n'ait été aggravé.

⁵⁷⁹Conseil d'Etat, 19 mars 2003, Avis n°251980, M. H et CPAM de Tourcoing c/ Centre hospitalier de Tourcoing, Rec., p. 133 : « En prévoyant à l'article 101 de la loi du 4 mars 2002 que les dispositions nouvelles de l'article L. 1142-28 du code de la santé publique relatives à la prescription décennale en matière de responsabilité médicale sont immédiatement applicables, en tant qu'elles sont favorables à la victime ou à ses ayants droit, aux actions en responsabilité, y compris aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable, le législateur a entendu porter à dix ans le délai de prescription des créances en matière de responsabilité médicale, qui n'étaient pas déjà prescrites à la date d'entrée en vigueur de la loi et qui n'avaient pas donné lieu, dans le cas où une action en responsabilité avait été engagée, à une décision irrévocable. L'article 101 de cette loi n'a cependant pas eu pour effet, en l'absence de dispositions le prévoyant expressément, de relever de la prescription celles de ces créances qui étaient prescrites en application de la loi du 31 déc. 1968 à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 »

536. Cette volonté d'unification des règles de prescription en matière de dommage corporel a été renforcée par la récente loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 qui impose désormais une durée de prescription décennale pour toutes sortes de dommages corporels⁵⁸⁰, qu'ils soient ou non consécutifs à un acte de prévention de diagnostic ou de soins. La récente loi met définitivement un terme à la disparité existante entre les responsabilités de type contractuel ou délictuel. Le délai trentenaire disparaît donc de la matière contractuelle. C'est au surplus une problématique de qualification du type de responsabilité et une source de discrimination notable entre la qualité des victimes qui disparaît⁵⁸¹.

537. Le droit français connaît une véritable simplification des règles de prescription en matière de responsabilité médicale depuis la loi du 4 mars 2002, ce principe n'est pas celui du droit américain qui connaît une multitude de règles relatives à la prescription, principalement dues au grand nombre d'Etats.

II. L'absence de règle unique aux États-Unis

538. L'équivalent des règles de prescription en droit français correspond, aux États-Unis au *statute of limitation* (1). Chaque Etat décide de ses propres règles en la matière, il existe donc une véritable disparité des règles de prescription dans l'ensemble des Etats-Unis. Pour autant, il n'existe pas d'écart réellement important entre les différents délais de prescription, ceux-ci étant généralement inférieurs à 5 ans (2).

1. La notion de *statute of limitations* aux États-Unis

539. En droit français comme en droit américain, les règles de prescription sont des moyens de défense venant appuyer l'augmentation du défendeur à l'action. Cette règle de procédure correspond aux *affirmative defenses*, c'est à dire qu'elle constitue une défense en droit par opposition aux défenses en fait. Le *statute of limitations* est le délai durant lequel, les personnes victimes d'un accident ou d'une faute médicale, pourront exercer leur recours contre la personne responsable. Si le délai vient à expirer, aucune action n'est plus possible. Par contre, si la personne victime d'un dommage s'est judiciairement manifestée afin de faire valoir ses droits, le délai de prescription est interrompu. La définition de la prescription est donc en France comme aux Etats-Unis, liée à l'écoulement du temps. Pour autant il n'y a pas de définition stricte de la prescription aux États-Unis. Chaque Etat définit lui-même la durée de la période susceptible d'éteindre l'action et du moment à partir duquel le délai commence à courir. Ce point de droit est une différence importante avec le droit français qui apprécie le point de départ de la computation des délais de façon identique à toute responsabilité, il s'agit de la consolidation du préjudice. La situation n'est pas aussi simple Outre Atlantique.

⁵⁸⁰C. civ. art 2226

⁵⁸¹S. ARMANI MEKKI « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », JCP G 2008.I. 160

2. *La multiplicité des délais de prescription propre à chaque État*

540. En droit américain, chaque État définit ses propres règles de prescription légale. Cette disparité dans les règles de prescription a pour effet de créer de véritables inégalités entre les justiciables. L'Etat est libre de choisir le délai d'extinction de l'action applicable qui variera le plus souvent en fonction du cas d'espèce, d'une période de 3 à 5 ans. Il en est de même de la détermination du moment à partir duquel commence à courir le délai de prescription. Ce délai peut en effet, tout aussi bien commencer à courir à compter de la production du dommage⁵⁸², de la découverte de celui-ci⁵⁸³ ou encore du moment où le dommage aurait normalement dû être découvert.⁵⁸⁴

541. Il existe une complication supplémentaire dans le cas de préjudice survenu à l'occasion d'une faute ou d'une erreur médicale sur des patients mineurs. En effet, plusieurs États considèrent que le délai de prescription à l'égard des mineurs ne peut commencer à courir qu'une fois que la victime a atteint la majorité⁵⁸⁵. D'autres au contraire considèrent que le délai de prescription ne doit pas suivre de règles particulières concernant ce type de patient. Le délai de prescription leur est opposable dès leur minorité. Ces États leur accordent cependant en compensation en leur allongeant le délai pour agir⁵⁸⁶.

542. Aux États-Unis, les règles de prescription sont relativement difficiles à ordonner en raison de la multiplicité des régimes étatiques applicables. Dans l'Etat de New-York par exemple, différents délais de prescription ont été relevés par l'auteur Thomas A. MOORE qui considère qu'il est possible de classer les délais de prescription en trois catégories⁵⁸⁷. Selon l'auteur, il faut ainsi différencier les règles de prescription issues d'un cas de négligence médicale ordinaire ayant causé un dommage personnel, les règles de prescription issues de fautes médicales ayant causé un dommage personnel, et enfin les règles de prescription issues d'une faute médicale ayant entraîné la mort.

543. La durée du délai de prescription sera plus ou moins longue selon que le plaignant se trouve face à l'un ou l'autre de ces cas de figure. Ainsi, le plaignant se verra opposer un délai de prescription de trois ans pour les dommages issus de fautes ordinaires⁵⁸⁸. Tel est le cas du conducteur ayant renversé un piéton⁵⁸⁹.

⁵⁸²Etats-Unis, *Nelson v/ American Red Cross*, 307 US. App D.C.52, 26 F.3d 193 (1994): En l'espèce, la cour de justice considéra que le délai de prescription en matière de sang contaminé devait courir à compter du moment où le sang avait été transfusé et non à partir du moment où le patient a été déclaré séropositif

⁵⁸³Etats-Unis, *Katz v/ Children's Hospital*, 28 F3d 1520 (9th Cir. 1994)

⁵⁸⁴Etats-Unis, *Tullock v/ ECK*, 311 Ark. 564, 845 S.W.2d 517 (1993)

⁵⁸⁵Etats-Unis, IOWA Code § 614.8 ; *Barnes v/ Sabatino*, 205 GA. App. 773, 423 S.E.2d 686 (1992): Dans cette affaire la Cour a considéré que les règles de prescription relatives aux patients mineurs n'étaient pas applicables au mineur de 17 ans. Ces règles ne sont effectives que pour les victimes âgées de moins de 5ans.

⁵⁸⁶Etats-Unis, *PARTIN v/ Francis Hosp.*, 296 2I. App. 3D 220, 694 N.E.2d 574 (1st District. 1998) ; Wisconsin legislature, § 893.56;

⁵⁸⁷Etats-Unis, T.A. MOORE, *American law of medical malpractice, the basis in law*, Westlaw, 2003, Part. I, § 6:3.2

⁵⁸⁸Etats-Unis, N.Y. Statute of Limitations C.P.L.R. § 214(6), provides a three-year statute of limitations regardless of whether the underlying theory is based in contract or tort. This statute, which was amended in September 1996 to shorten the statute of limitations for nonmedical malpractice claims from six years to three, applies to causes of action that accrued before the amendment's effective date not yet interposed by that date ; *Brothers v/. Florence*, 95 N.Y.2d 290, 739 N.E.2d 733, 716 N.Y.S.2d 367 (2000).

⁵⁸⁹Etats-Unis, New-York Statute of Limitations, C.P.L.R. § 214(5)

544. Pour les fautes médicales ayant entraîné un préjudice personnel, qu'il soit physique ou moral, le délai de prescription opposable à la victime est de deux ans et demi⁵⁹⁰, alors que pour les fautes médicales ayant entraîné le décès du patient, le délai de prescription est de deux ans seulement⁵⁹¹.

545. Il faut préciser que si ces différents événements viennent à s'ajouter, le point de départ de la computation du délai de prescription ne se situe pas à la même date. A titre d'exemple, si un piéton se fait renverser par une voiture et qu'à cet égard il est conduit à l'hôpital où un médecin commet, au cours d'un acte de soins, une négligence médicale entraînant un préjudice personnel, qui a son tour entraîne par malheur le décès de celui-ci, les délais de prescription attachés à chaque action ne commencent pas à courir à partir du même moment. L'action en responsabilité contre le conducteur commencera à compter du jour de l'accident et celle contre le médecin au jour de l'intervention, pour ce qui est du préjudice personnel et au jour du décès pour l'action en *wrongful death*.

⁵⁹⁰États-Unis, New-York Statute of Limitations, C.P.L.R. § 214-a

⁵⁹¹États-Unis, New-York Estates, Powers & Trust law, Part IV, § 5-4.1(1)

Conclusion

Droit français		Droit américain
<p>Éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité médicale</p>	<p>Faute</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ <u>Distinction entre droit privé et droit public</u> ➤ La faute est appréciée de manière objective. Le comportement de l'auteur n'a aucune incidence sur la détermination de la gravité de la faute. Cass. Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964 : « l'indemnité pour compenser le dommage subi doit être calculée en fonction de la valeur du préjudice sans que le gravité de la faute puisse avoir aucune influence ». ➤ Toute maladresse d'un praticien engage sa responsabilité et est par la même, exclusive de la notion d'aléa : Cass. Civ. 1^{ère}, 30 septembre 1997
		<ul style="list-style-type: none"> ➤ <u>Le droit américain ne fait pas de distinction entre le droit public et le droit privé.</u> ➤ La faute du médecin est appréciée de manière subjective. La nature de l'acte, même au civil, peut donner lieu à sanctions en cas de particulière gravité. Edwards v/ Our lady of Lourdes Hospital, 1987 : « (...) dans les cas d'action en responsabilité médicale comme dans les actions en réparation en général, il faut déterminer s'il y a eu un comportement suffisamment aggravé et contraire aux intérêts du demandeur incluant un mauvais motif ou une indifférence flagrante, pour justifier la sanction spéciale de dommages et intérêts punitifs ». ➤ La faute du médecin consiste en un manquement à ses obligations (Breach of duty) lesquelles sont d'ordre général ou font référence à un standard de soins standard of care.

Droit français		Droit américain
<p style="text-align: center;">Éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité médicale</p>	<p style="text-align: center;">Faute</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Régime antérieur à la loi du 4 mars 2002 Article 1147 du Code civil : Il se formait entre un médecin et son patient un contrat dont la mauvaise exécution engendrait une responsabilité de nature contractuelle (Cass, civ. 1^{ère} 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ Epoux Mercier). ➤ Régime actuellement applicable L. 1142-1 du CSP : le médecin répond en cas de faute des conséquences dommageables des actes de préventions de diagnostics ou de soins accomplis La faute consiste en une obligation de moyens et non de résultat : Cass, civ. 1^{ère} 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ Epoux Mercier <ul style="list-style-type: none"> ➤ L'action engagée repose sur le fondement du <i>tort of negligence</i>. ➤ Le médecin est tenu de dispenser des soins adéquats en faisant preuve d'une particulière diligence : <i>Prooth v/ walsh, 1980</i> ➤ Le médecin n'est toutefois jamais le garant de son travail. Il n'a pas l'obligation d'atteindre un résultat : <i>Pike v/ Honsinger, 1898</i> ➤ Le médecin doit être capable de prodiguer des soins chirurgicaux de manière attentive en accord avec le standard de soins recommandé : <i>Kavanaugh v/ Nussbaum, 1988</i>

Droit français		Droit américain
<p>Éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité médicale</p>	<p>Faute</p>	<p>Article 1147 du Code civil : En vertu du contrat d'hospitalisation et de soins, un établissement de santé privé est responsable des fautes qu'il a commises dans l'exercice de sa mission.</p> <p>La responsabilité des actes de préventions de diagnostics et de soins pratiqués dans un établissement public de santé est de nature administrative extracontractuelle pour faute simple CE, 10 avril 1992 Epoux V :</p> <p>➤ <u>Droit pénal</u></p> <p>Article : 121-3 du Code pénal : La responsabilité pénale du médecin peut être recherchée s'il a commis une faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. L'action peut être engagée par les parties et/ou par le parquet</p> <p>➤ <u>Droit pénal</u></p> <p>Seules les fautes intentionnelles ou d'imprudence délibérée sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale du médecin : Edwards v/ Our Lady of Lourdes Hospital, 1987</p> <p>Le fondement de la responsabilité repose sur les actions de :</p> <ul style="list-style-type: none"> i. Assault : agression morale ii. Battery : agression physique <p>L'action n'est possible que par la voie du ministère public. La notion de partie civile n'existe pas. Seule l'action civile est ouverte à la victime.</p>

Droit français		Droit américain
<p style="text-align: center;">Éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité médicale</p>	<ul style="list-style-type: none"> ➤ <u>Preuve de la faute</u> <ul style="list-style-type: none"> i. <u>Preuve par les données acquises de la science</u> L.1110-5 du CSP R 4127-32 du code de déontologie médicale ii. <u>Preuve par l'expertise</u> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Exigence d'un lien de cause à effet direct et certain entre la faute et le préjudice : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1999, n° 98-10010 ➤ Le lien de cause à effet peut être établi selon les théories de : <ul style="list-style-type: none"> i. L'équivalence de conditions : Cass. Req., 28 janvier 1942 Teyssier : « le défaut de consentement éclairé sans lequel le dommage ne se serait pas produit (...) ». ii. La causalité adéquate (cause ayant eu un rôle déterminant dans la réalisation du préjudice (Cass. Civ ; 1^{ère}, 17 février 1993)) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ <u>Preuve de la faute</u> <ul style="list-style-type: none"> i. <u>Preuve par le <i>standard of care</i></u> Tout plaignant doit se référer au comportement requis des médecins, correspondant au <i>standard of care</i> admis au niveau national, afin de prouver la faute ou la négligence médicale : <i>Travers v/ District de Columbia, 1996</i> ii. <u>Preuve par l'expertise : <i>expert witness</i></u> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Exigence d'un lien causal entre la faute et le préjudice subi : <i>Bishop v/ S.C. Dep't of Mental Health, 1998</i> ➤ Le lien de causalité doit être établi à deux niveaux : <ul style="list-style-type: none"> i. <i>Causation in fact</i> (élément de fait à l'origine du dommage) Détermination scientifique de la cause du préjudice ii. <i>Proximate cause</i> (élément de droit) : Le lien de cause à effet droit doit être déterminant mais peut être incertain. <i>Kennedy v/ Peninsula Hospital, 1987</i>

Droit français		Droit américain	
Éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité médicale	Lien de cause à effet	La perte de chance Cass. Civ, 1^{ère}, 14 oct. 2010, n° 09-69.195 « <i>La perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie, ni l'indétermination de la cause du syndrome de détresse respiratoire aiguë ayant entraîné le décès n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise par le médecin</i> ».	La perte de chance E.g Wallace v/ St Francis Hosp. & Med. Ctr., 44 Conn. App. 257, 688 A2d 352 (1997)
Éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité médicale	Préjudice	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Caractère direct et certain du préjudice réparable ➤ Evaluation du préjudice <i>in concreto</i> à la discrétion des juges du fond ➤ Principe de la réparation intégrale du préjudice ➤ La victime n'est jamais tenue de limiter l'étendue de son préjudice 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Caractère direct du préjudice réparable ➤ Evaluation du préjudice à la discrétion du jury ➤ Réparation de l'entier préjudice auquel d'ajoute les dommages et intérêts punitifs <p>La victime a l'obligation de minimiser son préjudice si elle en a la possibilité. Dans le cas contraire, son indemnisation en sera diminuée</p>

Droit français		Droit américain
<p>Tempéraments à la responsabilité médicale</p>	<p>Fait d'autrui</p>	<p>Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004 : Le médecin salarié qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient.</p> <p>Cass. crim., 14 juin 1990, Bull. crim. 1990, n°245 « (...) le rapport de subordination, d'où découle la responsabilité mise à la charge du commettant par l'article 1384, alinéa 5, du Code civil suppose de la part de celui-ci, le pouvoir de faire acte d'autorité en donnant à ses préposés des ordres ou instructions sur la manière de remplir, fût-ce à titre temporaire et sans contrepartie financière, l'emploi confié »</p> <p>CE, ass. 10 avril 1992 Epoux V. L'Etat est responsable des fautes commises par les agents du service public hospitalier</p> <p>La mise en œuvre de la responsabilité du fait d'autrui des médecins exerçant dans une structure de soins, dépend de la réglementation de chacun des Etats. Certains admettront son application, d'autres non.</p> <p>En vertu de l'indépendance professionnelle, les médecins de l'Etat de Floride sont considérés comme responsables de leurs actes REED c/ Good Samaritan Hosp. Ass'n, 453 So. 2D 229 (Fla. 4th DCA 1984);</p> <p>En Arizona, l'employeur est tenu pour responsable des conséquences dommageables engendrées par l'activité de ses salariés, à l'exception des actes qui ont excédé le cadre de la mission qui leur a été impartie Linkous v/ United States, 142 F3 271, 1998</p> <p>Le critère du lien de subordination est déduit du pouvoir de contrôle et de direction qu'exercent les établissements sur leurs médecins. Il peut également avoir été expressément stipulé dans le contrat de travail OVERSTREET v/ Doctor's Hospital., 142 Ga. App. 895, 227 S.E.2d 213 (1977)</p> <p>Agent theory : Hypothèse où le patient peut légitimement penser que le professionnel de santé agit pour le compte de l'établissement Arongo v/ Reykal, 507 So, 2d, 1211 (Fla. 4Th, DCA 1987):</p>

Droit français		Droit américain
Tempéraments à la responsabilité médicale	Faute de la victime	<p>Exonération totale de responsabilité si elle revêt les caractères de la force majeure (irrésistible, imprévisible et extérieure).</p> <p>Exonération partielle de responsabilité si la faute caractérisée contribue au préjudice : Toutefois, la simple participation causale de la victime au préjudice ne justifie pas une diminution de son indemnisation. Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janvier 2008 n°06-20.107</p> <p>La coexistence de la faute du débiteur et du fait d'un tiers, ne constitue en aucune façon un motif de son exonération vis-à-vis de la victime, même partiellement: Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 2001, D. 2001, IR p 1284; Bull. Civ. II, n° 68. La réparation du préjudice est attribuée <i>in solidum</i>.</p> <p><u>Comparative negligence theory</u> : La victime qui par sa faute a concouru à la réalisation du de son préjudice, doit voir son indemnisation diminuée à hauteur de sa contribution. RAHN c/ United States (S.D.Ga. 1963)-</p> <p>Si le patient a majoritairement contribué au préjudice, il ne pourrait prétendre à aucune indemnisation. <i>E.g, Jensen v/. Intermountain Health care, Inc.; 679 P.2d 903 (Utha 1984); contra Hoffman v. Jones, 280 So. 2D 431 (Fla. 1973)</i></p> <p><i>Culpable conduct of other defendants</i> : le fait d'un tiers est de nature à amoindrir à la responsabilité du médecin si ce dernier apporte la preuve que la cause du dommage n'est pas entièrement de son fait : Suria v. Shiffman, 107 A.D.2d 309, 313 (1st Dep't 1985). La réparation du préjudice sera attribuée <i>in solidum</i></p>

Droit français		Droit américain
Tempéraments à la responsabilité médicale	<i>Good samaritan statute</i>	<p><u>Principe</u> : Le médecin qui intervient bénévolement pour aider des personnes se trouvant médicalement, dans une situation d'urgence, n'engage pas sa responsabilité personnelle. L'immunité du <i>good samaritan statute</i> pour effet d'anéantir toutes poursuites judiciaires, à moins que l'immunité dont il bénéficie n'ait été mise à mal par une relation consensuelle préexistante Hyde v/ University of Michigan. Bd. Regents, 426 Mich. 223, 393 N.W.2d 847 (1986) Public general Hospital is governmental function</p> <p><u>Exception</u> : Dans les Etats où sont en vigueur les <i>torts claim</i>, le statut du bon samaritain ne s'applique pas pour les professionnels du secteur hospitalier. L'immunité est abandonnée au profit d'un fond d'assurance privée souscrit par l'établissement.</p>

-DEUXIEME PARTIE

Les contentieux français et américain de la responsabilité médicale pour faute, source d'influence.

1. La victime d'un accident médical, souhaitant engager la responsabilité du professionnel fautif et voir son préjudice réparé, devra assigner celui-ci devant les juridictions compétentes. Cette règle est commune aux deux systèmes de droit. Pourtant, si elle est d'une importance fondamentale en droit français du fait de la présence d'une dualité de juridictions, elle est moins un obstacle de procédure pour les citoyens américains pour lesquels le régime de la responsabilité médicale est unifié sous la loi des *torts*.

2. La différence de procédure des deux systèmes se poursuit jusque dans l'instruction et le délibéré de l'affaire. En droit français, l'affaire est entre les mains d'un juge unique tandis qu'en droit américain, la présence d'un jury populaire dans le déroulement du procès est placée au rang de garantie constitutionnelle. Pour autant si les deux systèmes processuels paraissent totalement s'opposer dans leurs principes, l'écart semble peu à peu se resserrer. C'est dans cette optique qu'on a pu observer le développement d'une « *class action* » à la française et une volonté de faire, des modes alternatifs de règlement des conflits, un mode, privilégié d'aboutissement des litiges (Titre I).

3. Une fois le contentieux dirigé vers la juridiction compétente, le juge ou le jury statuera sur l'indemnisation du préjudice de la victime. Celle-ci est particulièrement favorable aux Etats-Unis du fait de certaines règles permettant, au-delà de la compensation du dommage, la condamnation de l'auteur de l'acte au paiement d'une somme plus importante que la simple réparation du préjudice. A la différence du droit américain, le droit français reste fidèle à la réparation intégrale du dommage interdisant par la même, toute réparation qui excéderait le coût engendré par le préjudice. Le droit américain se détache encore sur ce point, de l'appréciation française du droit de la réparation. Cependant, les deux systèmes juridiques ne paraissent pas si éloignés dans les faits. On remarque en effet depuis un certain temps déjà, une tendance des juridictions françaises à indemniser le préjudice de la victime au-delà du dommage stricto sensu. Cette tendance a d'ailleurs donné naissance à l'apparition du nouveau vocable « américanisation de la justice » qui rime dans l'esprit de chacun avec une indemnisation démesurée qui conduit fatalement à des conséquences controversées (Titre II).

TITRE I

La procédure : un aspect particulier de la mise en œuvre de la responsabilité médicale en France et aux Etats-Unis

4. Le contentieux de la responsabilité médicale s'avère être totalement différent en France et aux États-Unis. On l'a vu, cette différence est une conséquence des principes fondamentaux gouvernant les deux droits. La sanction d'un *tort* ne suit pas les mêmes règles de procédure que la sanction d'une faute. En France en effet, il existe une véritable dualité de compétence juridictionnelle pour connaître des contentieux relatifs à la responsabilité médicale. Cette dualité n'est pas présente dans le système processuel américain, qui a pour principale caractéristique d'être unifié. (Chapitre I)

5. On observe toutefois une tendance du droit français à reproduire certains aspects des règles de procédures du droit américain. L'action de groupe et les modes alternatifs de règlements des conflits notamment, sont des procédures historiques du droit américain qui trouvent peu à peu leur écho en droit français. Ces procédures sembleraient d'ailleurs particulièrement adaptées au contentieux de la responsabilité médicale pour faute (Chapitre II).

Des systèmes processuels différents

6. En droit français, la nature de la relation existante entre un médecin et son patient est différente, selon qu'elle se forme dans un cadre de droit privé ou dans un cadre de droit public. Cette dualité juridictionnelle provient du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs⁵⁹² issu des lois des 16 et 24 août 1790, réaffirmée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 23 janvier 1987 relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel affirmait en effet que : « *les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 Août 1790 et du décret du 16 fructidor en III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelles* ».

7. Le contentieux en matière de responsabilité médicale peut donc donner lieu à différents types de recours, selon la nature des litiges en présence. La règle est fondamentale, car assigner le médecin responsable devant la juridiction compétente est une condition de la recevabilité de l'action. La victime d'un accident médical, devra donc bien analyser les éléments en présence qui permettront de déterminer la juridiction qui aura à connaître du litige.

8. Aux États-Unis, les règles de détermination de la compétence juridictionnelle sont totalement différentes. Chaque Etat dispose de son propre système judiciaire, qui lui-même dispose de ses propres voies de recours. Les Etats-Unis ont en effet adopté un système original, mais indéniablement complexe. Les juridictions fédérales⁵⁹³ (dites cours constitutionnelles ou législatives) présentes dans l'ensemble des Etats fédérés, tiennent lieu de juridiction de première instance. Les voies de recours, assurées par les juridictions d'appel, sont limitées aux seuls points de droit⁵⁹⁴.

⁵⁹²Cette dualité est issue des Lois des 16 et 24 Aout 1790 et du Décret du 16 Fructidor an 2I qui ont posé le principe de la séparation des pouvoirs, principes à caractère constitutionnel défendus par Montesquieu en tant que Liberté fondamentale. Cette règle impose aux ordres de juridictions judiciaires et administratives des compétences propres exclusives les unes des autres ; CC n° 86-224 du 23 janv. 1987, AJ 1987.345, note J. CHEVALLIER ; JCP 1987.220854, note SESTIER ; LPA 12 fév. 1987, note SELINSKY ; Gaz. Pal.1987. Doct. 1.209, comm Lepage-Jessua.

⁵⁹³Etats-Unis, Constitution, Article 1 section 3 et section 8

⁵⁹⁴Il est en effet très rare que le juge d'appel réexamine les faits. Le rôle des Cours d'appel aux Etats-Unis est semblable à celui de la Cour de cassation en France : « La Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire. La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire. », article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire.

9. La Cour Suprême⁵⁹⁵ des Etats-Unis reste l'institution judiciaire la plus célèbre. Elle est la seule juridiction fédérale mentionnée dans la Constitution (article 3, section 1) et dispose d'une double compétence de première instance (*original jurisdiction*) et d'appel (*appellate jurisdiction*). La compétence de premier ressort est exceptionnelle et concerne les litiges mettant en cause les ambassadeurs et les consuls, ainsi que les litiges entre Etats fédérés ou entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés.

10. La Cour Suprême est la plus haute instance du pouvoir judiciaire fédéral. Gardienne et interprète de la Constitution, très sensible aux courants d'opinions, elle joue un rôle politique de premier plan. La Cour Suprême a également pour fonction de garantir l'application effective et une interprétation uniforme du droit fédéral. Ce rôle se développe au fur et à mesure que s'accroît le nombre de lois et de règlements fédéraux. Grâce à l'intervention de la Cour Suprême, il existe donc une certaine unicité dans le contentieux des Etats américains. En matière de contentieux civil par exemple, les règles fédérales sont appliquées à l'ensemble des tribunaux fédéraux du territoire. La loi des *torts* s'applique⁵⁹⁶ quelque soit le tribunal saisi.

11. Les règles de procédure civile ont cependant une particularité aux Etats-Unis : la présence des jurys populaires. Comme le droit français dispose d'un principe de la séparation des pouvoirs comme garantie de la liberté, le droit américain dispose d'un jury populaire. Celui-ci est considéré comme une véritable institution depuis l'arrêt DUNCAN c/ LOUISIANA de 1968⁵⁹⁷, puisqu'elle est considérée comme une garantie du bon déroulement du procès mais surtout de son caractère équitable. En France, si l'équité est un principe fondamental de procédure, l'exercice du droit de juger est réservé aux magistrats professionnels.

12. Les deux systèmes se différencient au regard de leur perception des garanties des libertés fondamentales et de l'indépendance des juridictions. En France, cette garantie est assurée par le principe de séparation des pouvoirs, alors qu'aux Etats-Unis elle est assurée par l'existence de jurys populaires. Cette seule différence a pour conséquence deux organisations judiciaires différentes.

⁵⁹⁵ Depuis l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803, la Cour s'est arrogé le droit de contrôler la constitutionnalité des lois votées par le Congrès, des actes de l'exécutif, des normes juridiques élaborées par les Etats. Le Président de la Cour Suprême d'alors, J. MARSHALL, déclara: « Il est absolument indéniable qu'il relève des pouvoirs des tribunaux fédéraux de déclarer ce qu'est le droit ». Pour ce grand CHIEF JUSTICE, dénier ce pouvoir à la Cour porterait atteinte au fondement même d'une Constitution écrite. Voir en ce sens, J. C.COURDY, *La Cour Suprême des Etats-Unis*, Presses univ. Paris-Sorbonne, 1990, 182 pages ; C.LERAT, *La Cour Suprême des Etats-Unis*, Presses univ. de Bordeaux, 1991, 332 pages ; Cahier du Conseil Constitutionnel, 1988, n° 8. L.FISHER & N.MOURTADA-SABBAH, « La Cour Suprême des Etats-Unis : interprète souverain de la Constitution ? », R.D.P. 2002, p.1205 . L.BAUM, *The Supreme Court*, Congressional Quarterly Inc, oct. 2003, 8ème éd. ;

⁵⁹⁶ En droit américain Un médecin peut voir sa responsabilité engagée pour délit intentionnel lorsqu'il avait conscience du préjudice qui pouvait en résulter. Ici les juges prennent en compte l'acte intentionnel et non l'acte volontaire. Il peut également engager sa responsabilité lorsqu'il a commis un acte illicite c'est à dire un acte contraire à la loi, ainsi la disposition législative 42 US Code § 1495 sur les femmes enceintes indique que toutes femmes ayant accouchées doivent recevoir des soins adaptés à leur état de santé. Dans le cas contraire, il y a violation de la loi. La responsabilité du médecin pour infraction à la loi peut également résulter de la violation des règles relatives à la vie privée (Privacy)

⁵⁹⁷ Etats-Unis, *Duncan v/ Louisiana*, 391. US. 145 (1968)

13. Fort de ce constat, il est nécessaire de comprendre les principes généraux gouvernant le procès en droit français et en droit américain (Section I), avant de s'attacher à l'étude de la particularité américaine des jurys populaires (Section II).

SECTION I. ASPECTS DE DROIT COMPARE DES PROCEDURES FRANÇAISES ET AMERICAINES

14. Le principe inquisitorial de la procédure civile, adopté en France et non aux États-Unis, sépare sensiblement les deux systèmes. Ainsi, le contrôle judiciaire de l'instruction est actif, alors que le juge américain laisse aux parties l'essentiel de l'initiative. Il existe des différences importantes de règles de procédures, tant au niveau de la préparation de l'audience, que de dans la phase du jugement.

15. En droit français, s'il est admis que les parties restent maîtresses de leurs prétentions selon le « *principe-dispositif* », ce pouvoir est limité par l'office du juge⁵⁹⁸. Aux États-Unis au contraire, les parties mènent l'instruction. Le juge n'intervient que s'il est sollicité pour mesurer leurs excès Il se saisit rarement d'office.

16. Il en résulte que la construction du procès est marquée par des règles de procédures différentes lors l'introduction de l'instance d'une part (§1) et dans les règles relatives à la charge de la preuve d'autre part (§2).

§1.L'introduction d'une instance en droit français et en droit américain

17. Avant tout procès américain, il est d'usage de tenter de régler les différends dans le cadre d'une procédure amiable, afin d'éviter les frais et retards causés par une procédure judiciaire. Ce sont généralement les juges qui dirigent les entretiens de transaction. Un médiateur ou un arbitre formé peut toutefois être chargé de faciliter l'obtention de la transaction. C'est ainsi que la plupart des affaires civiles se résolvent. Dans le cas où cette procédure n'aboutit pas, le procès sera tenu devant le juge. Commence alors l'échange des conclusions (*pleadings*)

18. La phase écrite de la procédure est importante. Elle fixe la compétence du tribunal, les prétentions des parties et la période utile de certains incidents de procédure. Le formalisme en est plus marqué aux États-Unis qu'en France, tant en ce qui concerne son organisation que son objet.

⁵⁹⁸C.P.C, art. 12

19. Aux Etats-Unis, avant d'inscrire l'affaire au rôle, le juge peut tenir une conférence préalable à l'instance, au cours de laquelle il décidera avec les plaideurs des questions de droit abordées, des témoins appelés à la barre et de la durée approximative du procès. Au cours de cette préparation du procès, les parties peuvent entreprendre la procédure de communication de pièces durant laquelle elles sont tenues de se communiquer certaines informations sur l'objet de l'affaire, telles que l'identité des témoins, le contenu prévu de leur déposition et la copie de tous les documents relatifs à l'affaire. Le but de cette communication de pièces est de préparer le dossier et d'éviter toute surprise au cours du procès⁵⁹⁹. Au terme de cette conférence de préparation, le magistrat va rendre une ordonnance définissant dans une large mesure, les étapes qui guideront le procès et dont l'issue sera déterminée par le juge et le jury.

20. Cette procédure est très proche du calendrier dressé par le juge de la mise en état, devant le tribunal de grande instance, en droit français. En effet, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 05-1678 du 28 novembre 2005⁶⁰⁰ celui-ci peut fixer, avec l'accord des avocats, un calendrier de la mise en état détaillant le nombre prévisible d'échanges de conclusions et les dates auxquelles ces dernières doivent être déposées, la date de la clôture des débats, ainsi que celle du prononcé de la décision. Il est précisé que ces délais ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et justifiée⁶⁰¹. Par ailleurs, l'article 3 du nouveau code de procédure civile impose au juge de veiller au bon déroulement de l'instance. Il détient à ce titre, le pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires.

21. Ainsi, en droit français, toutes les parties sont appelées à déposer des conclusions dans les délais fixés par le juge de la mise en état. L'assignation vaut conclusions pour le demandeur et l'absence d'un régime de délais rigides permet de déposer des conclusions rectificatives et consécutives, au moins jusqu'à l'ordonnance de clôture, qui fixe le litige.

22. Aux Etats-Unis, les *pleadings* (écritures des parties) sont quant à elles limitées dans leur nombre et contenu. Les premières conclusions du demandeur prennent le nom de *complaint*. Le défendeur doit en principe communiquer son *answer* (réponse) dans les vingt jours de celle-ci. Et s'il a formé une demande reconventionnelle⁶⁰², le demandeur devra lui soumettre sa *reply* (réplique) dans les mêmes délais. Les seuls autres *pleadings* autorisés de plein droit sont une *answer* à une *cross-claim* (demande incidente formée par un défendeur contre un autre) et une *third party complaint* supportant un appel en garantie, ainsi qu'une *third party answer*.

⁵⁹⁹En droit français, la communication des pièces entre les parties est également un principe essentiel du procès qui est cependant plus gouverné par le respect du principe du contradictoire que celui d'éviter les surprises au cours du procès. Ce principe est un principe fondamental dont l'existence est essentielle afin que chacune des parties dispose des armes nécessaires pour assurer sa défense, pour faire valoir ses arguments et contester ceux de son adversaire, art. 14 et 15 du CPC

⁶⁰⁰Décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom

⁶⁰¹CPC. art. 764

⁶⁰² L'*answer* s'apparente à la demande reconventionnelle du droit français par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ; Art. 64 du NCPC

23. Chaque partie peut amender son *pleading* une fois de plein droit à tout moment avant que lui soit notifié un *pleading* en réponse ou, à défaut, pendant vingt jours. Elle ne pourra plus l'amender que sur autorisation du tribunal ou accord écrit de l'adversaire, même pour y incorporer des faits nouveaux⁶⁰³.

24. Les *pleadings* se distinguent des conclusions du droit français par leur contenu strictement organisé et limité par les lois de procédure. Ils doivent ainsi énoncer de façon très structurée les justifications de la compétence du tribunal saisi, les fondements substantiels de l'action et la demande. Les *answers* sont composées de trois rubriques toute aussi concises à savoir, les moyens de défenses classiques, les *affirmatives defenses*⁶⁰⁴, c'est à dire les moyens de défense qu'il appartient au défendeur de soulever et de la prouver au plus tard dans la rédaction de l'*answer* (à défaut, il s'agit d'un moyen d'irrecevabilité de la demande) et pour terminer les demandes reconventionnelles.

25. Les règles de procédure fédérales américaines insistent fortement sur la simplicité et le formalisme des *pleadings*. En effet il ne s'agit pas à ce stade de la procédure, de « plaider » au fond ou de présenter une quelconque argumentation étayée et développée comme ce peut être le cas en droit français. Le but des *pleadings* est simplement de communiquer les éléments constitutifs de l'action⁶⁰⁵. Pour autant, ces derniers doivent être fondés sur des faits allégués. Leur clarté et leur concision peuvent alors être soumises au contrôle du juge : un *pleading* vague ou ambigu contraindra son auteur à en expliciter le contenu.

26. A ce moment de l'action, le système américain est donc bien éloigné du système français dont les conclusions délimitent l'étendue des débats. Ces dernières peuvent par ailleurs être plus développées et étayées que les plaidoiries, car il s'agit en réalité de l'acte par lequel les avocats de chacune des parties font connaître au tribunal les prétentions et argumentations respectives de ces dernières. Les arguments avancés dans les conclusions doivent en outre s'appuyer sur des éléments de preuve. Cette règle qui est de rigueur en droit français comme en droit américain, ne suit cependant pas la même logique juridique.

⁶⁰³Federal Rules of Civil Procedures, rules 5-14.

⁶⁰⁴S'agissant des affirmatives defenses, elles varient selon les états et les juridictions, il peut par exemple s'agir de prouver la contributory négligence (faute de la victime).

⁶⁰⁵P. THIEFFRY, « La compétence juridictionnelle en France et aux États- Unis en matières civile et commerciale », RIDC, 1984, vol. 36 n°4, pp. 783-825.

§2.L'absence du juge dans l'administration de la preuve aux Etats-Unis

27. Le rôle du juge, dans l'administration de la preuve est sensiblement différent dans les deux droits. Il participe activement, avec les parties, à la recherche de la vérité en France, tandis que son rôle est beaucoup plus passif aux Etats-Unis (I). Le dynamisme des règles relatives à la preuve en droit américain est assuré par la procédure de *discovery* (II).

I. Le juge, acteur passif du procès américain

28. La recherche des faits et des éléments de preuve, est un des éléments qui marque une différence fondamentale entre les deux droits. Le principe inquisitorial français se démarque la procédure accusatoire américaine. Le juge de la mise en état n'y a par exemple, pas d'équivalent.

29. En droit français, les parties ont la charge d'alléguer les faits qui sont de nature à fonder leurs prétentions sous la direction du juge qui instruit le dossier à charge et à décharge⁶⁰⁶. De plus, parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention et a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, et non pas seulement à la demande des parties⁶⁰⁷.

30. L'office du juge américain est quant à lui, bien plus limité. Il appartient en effet aux parties de présenter l'ensemble de leurs éléments de preuves, le système de *common law* reposant sur une procédure accusatoire. Ainsi, chaque partie doit désigner son propre expert si elle en a l'utilité. Le tribunal examine ensuite les preuves apportées, avant de trancher sur les questions techniques débattues. Il n'y a pas de liste d'experts comme ce doit être le cas en France. En règle générale, le juge américain n'a pas la possibilité de mettre en œuvre l'équivalent des mesures d'instruction que connaît le droit français. Les *Federal Rules of Evidence* lui permettent tout juste de nommer des *court appointed experts* (experts désignés par le tribunal) pour exécuter des missions d'expertise à caractère technique, et de convoquer des témoins⁶⁰⁸, mais il s'en abstient le plus souvent.

31. Les parties instruisent donc la cause, définissent les éléments de fait et de droit à soumettre au juge, rassemblent les éléments de preuve et conduisent les auditions des témoins au cours du débat. Le juge n'a qu'un rôle d' « arbitre » neutre et passif, chargé de veiller au respect des règles visant à assurer l'équilibre entre les parties.

⁶⁰⁶CPC. art. 7 et 9

⁶⁰⁷CPC. art. 10 et 143

⁶⁰⁸Etats-Unis, Federal Rules of Evidence, rules 703 and 614

II. La particularité de la procédure de *discovery* aux Etats-Unis : l’instruction de l’affaire par les parties

32. L’office du juge et ses pouvoirs d’ordonner des mesures d’instruction pour concourir à la recherche de la vérité, sont très limités aux Etats-Unis. Ainsi, le droit américain a établi la procédure de *discovery*, qui pourrait s’apparenter à nos mesures d’instructions françaises mais dont l’initiative appartient aux parties⁶⁰⁹ : « *The parties, rather than the court, should determine litigation strategy* ».

33. La procédure de *discovery* est une phase d’investigation de la cause préalable au procès. Elle fait obligation à chaque partie de divulguer à l’autre partie, tous les éléments de preuve pertinents au litige dont elle dispose (faits, actes, documents etc.), y compris ceux qui lui sont défavorables et ce, par différents moyens (déposition sous serment, question écrite, mise en demeure de communiquer des documents, demande de reconnaissance ou de démenti d’un fait ou d’une allégation etc.). L’objectif est de garantir davantage d’égalité et de justice entre les parties, d’abréger un procès en permettant l’élimination de certains points qui ne sont pas véritablement contestés.

34. Chaque partie doit loyalement faire parvenir à l’autre une liste des documents qu’elle entend utiliser dans le procès. L’autre partie est habilitée à vérifier ces documents et à en prendre copie (à l’exception de certains documents dits « *privileged documentation* », comme les correspondances entre avocats).

35. Il peut également arriver que la Cour enjoigne à des tiers détenant des documents importants pour la solution du litige, de les révéler. Si une partie soupçonne que la communication de pièces par l’adversaire n’est pas complète, elle peut demander au juge chargé de la mise en état une ordonnance obligeant l’autre partie à produire les pièces demandées. L’obligation de *disclosure* se poursuit pendant toute la phase de mise en état. La procédure est lourde et peut s’avérer très onéreuse. Elle requiert notamment :

- Une préparation (questionnaires, demandes de documents)
- Des dépositions des témoins (orales ou par déclarations écrites) mais aussi des enregistrements des dépositions (demandes de documents ou d’interrogatoires complémentaires)

36. La pratique est fortement alourdie par la technique de la *boilerplate discovery* (demande de *discovery* dont le champ est très large dans la mesure où l’avocat procède par documents-types) qui augmente les frais sans forcément produire des résultats intéressants. La pratique recourt parfois à un arbitrage privé pour la *discovery* dans les litiges commerciaux, afin de réduire les coûts. Souvent utilisée comme une arme par les parties, la *discovery* présente également un risque au regard de la sécurité des affaires. Une demande de *discovery* très largement formée par un concurrent dans le cadre d’une procédure, peut amener une partie à devoir ouvrir ses archives et produire des documents,

⁶⁰⁹ Etats-Unis, Federal Rules of Evidence, rule. 126

dont la communication pourrait être de nature à lui nuire⁶¹⁰.

37. A la différence des Etats-Unis, la France, ne connaît pas de procédure tendant à la recherche de preuves, similaire à la *discovery*. L'administration de la preuve devant le juge civil repose sur la communication spontanée des pièces sur chaque partie⁶¹¹. L'article 10 du Code civil dispose que chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité et que celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire. Ainsi, l'une d'entre elle peut compléter, le cas échéant, les preuves dont elle dispose, en sollicitant du juge la production forcée des pièces que l'adversaire n'accepterait pas de verser spontanément ou de celles détenues par un tiers, le prononcé d'une mesure d'instruction⁶¹² et enfin les mesures tendant à la conservation ou à l'établissement de la preuve, en amont du procès au fond⁶¹³. La pratique française de l'injonction de produire invite à la production utile, par opposition à la procédure américaine de *discovery*.

38. Une autre particularité de la procédure américaine concourt à faire du juge un acteur passif du contentieux : il s'agit de la présence des jurys populaires.

SECTION II. UN ASPECT DETERMINANT DE LA PROCEDURE AUX ETATS-UNIS : LE JUGEMENT PAR UN JURY

39. Le jury en matière civile est inconnu dans les systèmes de tradition romano-germanique. D'origine anglaise, le droit à être jugé par un jury dans un procès représente, aux Etats-Unis, un droit politique inscrit dans la Constitution. Cette procédure qui obéit à des règles de formes particulières (§1) n'est pourtant pas sans risque (§2).

§1. La place des jurys populaires dans le procès

40. La justice américaine a consacré le principe constitutionnel d'un droit au procès par des jurés sur le plan civil⁶¹⁴. Il trouve ses origines dans la Magna Carta de 1215 et représente un outil de régulation des abus. Comme il a été constaté, le procès se déroule sous le contrôle d'un juge professionnel, garant du respect des règles de procédure et de preuve. Mais la décision finale provient des jurés qui délibèrent hors la présence du juge (I). Cette décision se matérialise dans le « verdict » qui constitue une réponse aux questions soulevées durant le procès (II). Ils octroient également des dommages et intérêts, y compris punitifs lorsque la loi le leur permet. Un demandeur peut y renoncer ; se tient alors un « *bench trial* », un procès dirigé par un juge professionnel.

⁶¹⁰Selon W. K. OLSON, les dérapages des coûts aux Etats-Unis tiennent en partie à l'ampleur de la *discovery* en droit américain. Dans son livre référence (*The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit*, E.P. Dutton/Truman, Talley Books, 1991.1996), sur l'explosion des litiges aux Etats-Unis, il fait une analyse critique de cette « industrie du procès » qui est préjudiciable au système judiciaire américain, notamment par la longueur et le coût des procédures. En utilisant des exemples de la vie courante (garde d'enfant, diffamation, préjudice corporel), il montre que le litige est devenu un mode de vie aux Etats-Unis. Il insiste sur les effets pervers de la *discovery* dans l'administration de la preuve, par exemple lorsque des avocats n'hésitent pas à louer les services d'« expert witnesses » peu scrupuleux.

⁶¹¹CPC, art. 9

⁶¹²A la condition qu'il ne s'agisse pas d'un remède tendant à pallier la sous-production de pièces, comme le prévoit l'article 146 du CPC

⁶¹³CPC; art. 145

⁶¹⁴Etats-Unis, Constitution, 7ème amendement

I. La désignation des membres du jury par les parties

41. Dans le célèbre film « *Douze hommes en colère* » produit par S. Lunet en 1957⁶¹⁵, la délibération d'un jury est une scène centrale. Henry Fonda, qui incarne le juré n° 8, résiste aux pressions des autres jurés en refusant de condamner un adolescent d'origine latino-américaine qui est accusé d'avoir tué son père. Il influence lentement les autres jurés, plus sages, moins responsables, plus vieux, plus jeunes, plus compatissants..., lors d'une délibération tendue et passionnante qui se termine par un verdict de non-culpabilité.

42. Dans la réalité des systèmes judiciaires, les procès devant juge et jury ne sont pas aussi haletants, mais ont tout de même un intérêt à de multiples égards. En effet, « *ce sont les jurés qui exercent le pouvoir impressionnant que détient l'État de punir les citoyens ou au contraire de ne pas les punir. De ce point de vue, ils sont supérieurs à l'autorité publique, et c'est cette caractéristique qui explique la fascination qu'ils suscitent dans le monde entier* »⁶¹⁶.

43. La véritable origine du jugement par jury est assez incertaine. Il semblerait qu'il fut instauré en France, sous Louis le Pieux, vers 829 après Jésus Christ et fut ensuite importé en Angleterre par les Normands, après la grande invasion de 1066. Au 14^{ème} siècle, les caractéristiques actuelles du jury comme acteur passif et impartial du jugement, sont établies. Au 17^{ème} siècle, il devient une institution indépendante du roi et des juges royaux et n'est désormais autorisé à juger, qu'en fonction des preuves qui lui sont fournies au cours de l'audience. Il lui est également interdit de s'informer de l'affaire en cause par des moyens extérieurs au procès.

44. Le jugement par jury fut importé aux États-Unis par les colons Anglais et deviendra l'un des principes fondamentaux de la procédure judiciaire américaine. Le jury a toujours eu une place prédominante dans le système processuel de la *common law* et ce, depuis des siècles.

45. Le jury des procès civil (*trial jury*) se compose en général de 6 à 12 personnes,⁶¹⁷ alors qu'en matière pénale, un jury de jugement se compose en général de 12 personnes⁶¹⁸. Tout citoyen en âge de voter peut être appelé à servir comme juré. Il existe cependant des exceptions à ce principe. Certaines personnes qui ont été condamnées à des peines de prison d'au moins un an, ne peuvent pas exercer la fonction de juré, tout comme les médecins, les juristes ainsi que les membres des forces de l'ordre. Il est en effet possible que ce type de jurés, en raison des fonctions qu'il exerce, soit trop impliqué dans l'affaire et risque à cet effet de remettre en cause l'impartialité de leur décision.

⁶¹⁵ « The 12 Best Trial Movies » ABA Journal, <http://www.supremecourt.ne.gov/students-teachers/movies.Shtml>

⁶¹⁶ Fred Graham, présentateur sur la chaîne true TV (l'ancienne Court TV), après avoir été le principal chroniqueur judiciaire pour le journal télévisé de CBS de 1972 à 1987.

⁶¹⁷ États-Unis, Federal rules of Civil Procedure, rule n°47- 48.

⁶¹⁸ États-Unis, Federal rule of criminal procedure, rule n°23 (b) (1).

46. Les jurés sont choisis par différents procédés et de façon impartiale sur les listes électorales. Cette sélection des membres du jury est appelée, procédure du « *voir dire* ». Elle s'inspirerait selon certains auteurs américains⁶¹⁹ de la loi française, et signifierait « *dire la vérité* ». On comprend par ce terme que la sélection du jury en droit américain, doit répondre à des critères stricts d'impartialité. Choisir des jurés au hasard dans une liste électorale permet d'écarter tout lien éventuel entre ceux-ci et les parties au procès.

47. *Les jurés peuvent être questionnés par les juges ou les avocats au cours de la procédure du « voir dire »,* durant laquelle les avocats et le juge posent un certain nombre de questions pour tenter de déterminer l'aptitude des jurés pressentis. A l'issue de cet interrogatoire, un candidat peut être congédié soit pour une cause qu'il appartient au plaideur d'établir de façon suffisante, soit sans raison aucune, auquel cas on parlera de « *peremptory challenge* ». Ce dernier droit est cependant limité, car un plaideur ne pourra pas y recourir systématiquement⁶²⁰.

48. La constitution du jury devient un véritable enjeu stratégique du procès. On peut alors donc se demander si la procédure de jugement par jury, est aussi impartiale qu'elle le laisse entendre puisqu'il apparaît que les efforts faits par les professionnels du droit pour l'information technique des jurys peut être mise à mal par des avocats qui préfèrent constituer un jury plus sensible à l'éloquence, qu'au droit applicable.

49. Ce principe de libre choix du jury va certainement à l'encontre de l'idée qu'il doit être le reflet de la société américaine, garant d'une certaine impartialité. La procédure de nomination d'un jury n'est pas sans risque. Il en est de même lors de la détermination des dommages et intérêts alloués à la victime.

50. La sélection du jury a pour objectif de faire en sorte que celui-ci s'identifie le plus possible à la situation des parties. Il est en effet, très avantageux pour le défendeur d'être jugé par un juré, témoin d'une situation semblable et qui en a tiré un véritable sentiment d'injustice. Il est tout aussi profitable pour la victime d'être jugée par un juré ayant subi un préjudice équivalent.

⁶¹⁹W. BURNHAM, *Introduction of the law and legal system of the United States*, Thomson West, 2006, 4th éd, p. 104

⁶²⁰Etats-Unis, Federal rule of criminal procedure, rule n°23 (b) (1), Le nombre de peremptory challenge octroyé au plaideur varie d'une juridiction à l'autre, cependant la loi fédérale a tracé certains principes sur ce point. Ainsi, pour un jury composé de 12 personnes, exerçant dans un Etat ne pratiquant pas la peine de mort, la partie demanderesse peut requérir au peremptory challenge 6 fois et la partie défendresse 10 fois. Dans les juridictions pratiquant la peine de mort, ce droit peut être exercé jusqu'à 20 fois pour chacune des parties à l'action.

II. Le poids du jury dans la décision finale

51. Toutes les questions de droit soulevées au cours du procès ne relèvent pas de la compétence exclusive du jury, elles appartiennent au juge. Il lui revient en effet de présider les audiences et de s'assurer que les preuves sont présentées au jury, dans les conditions imposées par la loi. Au terme du procès, il lui reviendra également de faire part de ses instructions aux jurys sur le droit applicable au cas d'espèce (*charging the jury*)⁶²¹. Le jury pourra alors juger en fonction du cadre juridique tracé par le magistrat.

52. Au cours du procès, la seule fonction du jury est de juger en fonction de l'opinion qu'il se sera faite de l'affaire au cours du procès. Il n'a aucune connaissance préalable des faits et n'a pas la possibilité de poser des questions ou de faire venir des témoins à la barre. A cet égard, son rôle est relativement passif.

53. Le véritable rôle de jury civil est d'examiner les éléments de preuve présentés au procès, afin de décider si le défendeur a réellement causé un préjudice ou a autrement manqué à ses obligations juridiques. Il doit également déterminer l'indemnité ou la pénalité venant compenser le préjudice subi. Le jury pénal est chargé quant à lui de déterminer si l'accusé a bien commis l'infraction criminelle selon les griefs retenus contre lui. Le juge décide de la peine applicable.

54. Les délibérations du jury se déroulent à huis clos et les décisions doivent être rendues à l'unanimité qu'il s'agisse d'affaires civiles ou pénales. Il peut cependant arriver au civil, que les parties acceptent un prononcé qui n'a pas été rendu à l'unanimité

55. Deux types de verdicts peuvent être prononcés : Si le jury pense qu'il a pu prendre connaissance de tous les éléments nécessaires à sa décision au cours du procès, il rend un « *general verdict* » au cours duquel il décide de la mise en cause ou non de la responsabilité du professionnel de santé. Cette décision peut avoir pour effet de condamner la partie perdante au paiement de dommages et intérêts. Si au contraire, le jury pense qu'il n'a pas pu avoir connaissance des éléments lui permettant de décider de l'issue du litige au cours du procès, il rend ce qu'on appelle un « *special issues verdict* ». Les jurés seront alors soumis à différentes questions auxquelles ils devront répondre.

56. Plusieurs types de questions peuvent être adressés au jury qui aura décidé de rendre un « *special issues verdict* ». Dans le cas d'un litige en responsabilité médicale par exemple, il peut être posée au jury la question suivante : « *Do you find the physician not liable for plaintiff's injury?* »⁶²² En cas de réponse négative suit alors la question de l'évaluation de la part (en pourcentage) de la responsabilité du médecin dans la réalisation du préjudice.

⁶²¹W. BURNHAM, *Introduction of the law and legal system of the United States*, Thomson West, 2006, 4th éd, p. 104

⁶²²« Pensez vous que le médecin n'est pas responsable du préjudice subi par la victime? »

57. Cette évaluation de la responsabilité en fonction d'un pourcentage est très importante dans les litiges relatifs à la responsabilité médicale, puisqu'elle va déterminer le montant des dommages et intérêts auxquels la victime pourra prétendre. Par exemple, si la victime espérait une indemnisation de son préjudice à hauteur de \$50 000, mais que le jury estime que le médecin n'est responsable qu'à hauteur de 60%, les dommages et intérêts alloués par le jury seront de \$ 30 000.

58. Il peut cependant arriver que le jury soit incapable de se prononcer sur l'issue du litige. Dans ce cas, le juge déclarera un « *hung jury* », congédiera ce dernier et réinscrira l'affaire au rôle du tribunal⁶²³. Pour autant, quelque soit l'issue de la décision du jury, le juge est seul maître de la condamnation. En règle générale, sa décision va dans le sens du verdict rendu par le jury, à moins qu'il ne décide de la rejeter en prononçant un jugement de droit contraire ou différent de celui qu'appellerait le verdict. Le juge n'est jamais lié par la décision du jury.

59. La possibilité d'être jugé par un jury est garantie constitutionnellement. Cette possibilité n'est pourtant pas sans risque.

§2.Critiques relatives aux jugements par jurys

60. Les critiques relatives au jugement par un jury sont vives et plusieurs interrogations relatives à l'efficacité de cette procédure, ont maintes fois été soulevées. Ont notamment été sujet à caution l'impartialité des jurés, ainsi que leur efficacité à décider des affaires techniques, telles que celles relatives à la responsabilité médicale (I). Leur faculté à décider du montant de l'indemnisation allouée à la victime est également problématique (II).

I. L'absence de compétence du jury pour statuer sur des matières techniques

61. Le jury est une institution unique. Douze citoyens, parfois six seulement, qui n'ont pas de formation juridique, sont convoqués au tribunal pour écouter des témoignages concernant des affaires importantes, au pénal comme au civil. Le juge qui préside le procès décide quels témoignages ils entendront et explique les points pertinents de droit. Cependant, ce sont ces simples citoyens qui au bout du compte, délibèrent entre eux, rendent un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité et qui décident la partie qui doit avoir gain de cause dans un contentieux très important⁶²⁴. Pourtant, la question se pose de savoir si un jury a suffisamment de compétence et un sens suffisant des responsabilités pour prendre ce genre de décisions.

⁶²³H. J ABRAHAM, *The judicial process*, Oxford University Press, 5e éd, Revue internationale de droit comparé, 1987, vol. 39 n°4. p. 987

⁶²⁴ABRAMSON, *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*, NY, Basic Books, 1994

62. Des études ont comparé les verdicts rendus par des jurys dans des affaires de négligence médicale aux opinions de médecins indépendants. Les verdicts des jurys correspondaient étroitement aux jugements des médecins. En outre, les jurys prenaient souvent parti pour les accusés, même quand les patients avaient été gravement blessés, ce qui révèle que les jurés ne se laissent pas attendrir⁶²⁵.

63. Des entretiens détaillés avec des jurés qui ont rendu leur verdict à l'issue de procès au cours desquels des experts avaient donné des témoignages complexes, révèlent que leurs délibérations s'étaient accompagnées d'une analyse soigneuse et rationnelle. Ces jurés se rendaient compte que les experts avaient été sélectionnés dans le cadre d'une procédure contradictoire. Ils appliquaient des techniques raisonnables pour évaluer les témoignages des experts. Ils évaluaient ainsi si les dépositions de ces derniers étaient complètes et dénuées de contradiction, les comparaient aux autres éléments de preuve présentés lors des procès, les mesuraient à l'aune leurs connaissances personnelles et de leur vécu. En outre, la recherche montre que les jurés tiennent compte des points de vue des uns et des autres sur les éléments de preuve pendant leurs délibérations et qu'ils en débattent avant de rendre leur verdict.

64. Pourtant, les jugements par jurys ont vivement été critiqués dans le domaine de la responsabilité, car on a pu considérer que les jurés pouvaient avoir des difficultés à comprendre certains documents ou expertises techniques⁶²⁶. En effet, dans la mesure où le jury est composé de non professionnels de santé, peut-on considérer qu'il est réellement apte à déterminer la responsabilité d'un médecin? Est-il techniquement capable de déterminer l'origine du préjudice?

65. La tâche que doit accomplir un jury ne diffère pas beaucoup de celle d'un scientifique. Un scientifique doit procéder à des inférences, à partir d'éléments observables, sur des situations qui ne peuvent pas faire l'objet d'une observation directe. C'est précisément ce qu'on attend d'un jury : qu'il prenne une décision au sujet de la responsabilité d'un individu, en s'appuyant sur les éléments de preuve présentés au cours du procès. Or il semble que cette entreprise scientifique dépasse l'aptitude intellectuelle de la plupart des profanes qui sont convoqués comme jurés. La décision d'un jury est une décision purement factuelle qui revêt la forme d'une décision scientifique et non juridique. Pourtant, une décision doit également être prise en connaissance des règles de droit.

⁶²⁵Deux professeurs de l'université de Chicago, Harry KELVEN et Hans ZEISEL, en ont réalisé en 1966, une étude qui portait sur 3576 procès au pénal et plus de 4000 au civil et dans le cadre de laquelle ils ont demandé aux juges qui présidaient les audiences de se prononcer sur la culpabilité des accusés avant de connaître le verdict rendu par le jury. Selon cette étude aujourd'hui classique, juges et jurys sont arrivés à la même conclusion dans 80 % des cas. Harry KELVEN et Hans ZEISEL, *The American Jury*, Chicago University press, 1966

⁶²⁶F.M. McCLELLAN, *Litigating medical malpractice claims: development in the law*, The American Law Institute, 18th Annual Ali-Aba Course of Study, April 23-24, 2004, Part VI, « Daubert and medical malpractice claims »

66. Afin de contourner cette difficulté et pour répondre à ces critiques, qu'elles soient fondées sur la réalité ou sur une simple apparence, l'Association des juristes américains (ABA)⁶²⁷ et le Centre national des tribunaux d'État (NCSC)⁶²⁸ ont lancé une initiative visant à convaincre les juges, les procureurs et les avocats d'améliorer leurs méthodes et d'accroître la confiance du public dans le système judiciaire américain. Après avoir constitué un groupe de travail composé de professionnels du système judiciaire, l'ABA a publié un guide de bonnes pratiques intitulé « *Principles for Juries and Jury Trials* »⁶²⁹ qui constitue la référence des bonnes pratiques de jugement par jury aux États-Unis. Par exemple, le principe n° 13 recommande que le tribunal et les parties « aident les jurés à comprendre les faits et le droit de manière efficace » durant toute la durée du procès. Ce principe recommande en particulier que les jurés soient autorisés à prendre des notes, à recevoir des cahiers contenant les instructions du juge et les pièces du dossier, à soumettre des questions par écrit aux témoins dans les affaires civiles et à discuter les éléments de preuve entre eux durant les longs débats des procès civils. Par ailleurs, une organisation appelée « *Common Good* » a proposé la création de tribunaux spécialisés « *special health courts* »⁶³⁰ dans lesquels siègeraient des juges experts et compétents dans le domaine de la responsabilité médicale.

67. D'autres hypothèses ont été envisagées comme, la possibilité pour le juge de fournir des éclairages techniques au jury avant la présentation des preuves. En effet, la crainte d'erreurs judiciaires ont conduit les juges à vouloir éclairer le jury « *in informed and capable manner* » aux moyens d'instructions légales,⁶³¹ à la condition que ces jurés possèdent un degré d'éducation suffisant pour comprendre ces informations⁶³². Ce dernier point est essentiel dans le déroulement de la procédure relative aux jurys populaires. En effet, malgré la bonne volonté des professionnels du droit à informer les jurys sur des matières techniques qu'ils auront à connaître, il ne faut pas oublier qu'il demeure un problème majeur au cœur de la procédure : la sélection des jurys par les parties.

II. Une controverse récurrente : l'allocation de dommages et intérêts

68. Le jury a notamment pour rôle de déterminer le montant des indemnités compensatoires en cas de reconnaissance de responsabilité, de même que le montant des dommages punitifs en cas de comportements particulièrement répréhensibles. L'addition de différentes formes d'indemnisation peut donner lieu à des montants très importants. Certains auteurs dénoncent d'ailleurs cette dérive. Ainsi Monsieur DU VERDIER, cité par Monsieur le Professeur Gérard MEMETEAU, a pu écrire sur le sujet : « *Aux USA, les condamnations sont le fait des jurys populaires, dont les décisions sont peut-être plus subjectives que celles des magistrats professionnels* »⁶³³.

69. Les jurys ont tendance à exagérer les montants des indemnités. Ils tiennent en effet

⁶²⁷ <http://www.abanet.org/> consulté le 13 oct. 2010

⁶²⁸ www.ncsc.org/ consulté le 13 octobre 2010

⁶²⁹ [www.abanet.org/juryprojectstandards/The ABA Principles for Juries and Jury Trials.pdf](http://www.abanet.org/juryprojectstandards/The_ABA_Principles_for_Juries_and_Jury_Trials.pdf), consulté le 13 Octobre 2010

⁶³⁰ <http://www.cgood.org/healthcare.html>, consulté le 13 oct. 2010

⁶³¹ D.U. STRAWN & R.W BECHANAN, « Jury Confusion: A threat to justice », *Judicature*, 1976, 59.478

⁶³² W. STEELE Jr., E.G. THORNBURG, « Jury instructions: A Persistent Failure to Communicate », 1988, 67 N.C.L. Revue, 77, pp. 83-89

⁶³³ G. MEMETEAU, « La responsabilité médicale, de la faute au risque », *Propos informels sur les responsabilités civiles médicales en Amérique du Nord*, ENM, 1995, p 165

compte, dans la plupart des cas, des honoraires des avocats, relativement élevés et proportionnellement prélevés sur le total de la réparation⁶³⁴. Dès lors, le montant global de l'indemnisation doit être assez important pour payer les honoraires et réparer le préjudice de la victime. Ce calcul entraîne inexorablement une hausse des sommes allouées en compensation du préjudice. Cette augmentation est en corrélation directe avec la crise de la responsabilité médicale aux États-Unis. En effet, l'appât du gain pousse victimes d'erreur médicale à engager une action en responsabilité contre le médecin fautif. Il en résulte une multiplication des recours en responsabilité, alors que l'affaire pourrait être le plus souvent réglée par des moyens extrajudiciaires, tout aussi efficace. Le système américain de la responsabilité médicale est donc regardé avec méfiance, voire avec crainte, notamment en raison des effets pervers engendrés par ces excès.⁶³⁵

⁶³⁴ Les avocats des plaignants se rémunèrent en prélevant un pourcentage des dommages (« contingency fee ») reçus par le client. A ce titre, il choisira souvent d'engager une action qui aura plus de chance de succès puisque devra procéder à l'avance des frais. .

⁶³⁵ Afin de se couvrir en prévision de litiges en responsabilité professionnelle, les médecins américains ont adopté des comportements défensifs dans leur démarche diagnostique et thérapeutique. Plusieurs études ont ainsi par exemple montré que 30% des indications des accouchements par césarienne n'étaient pas justifiées par des arguments médicaux mais posés pour des motifs médico-légaux. Le surcoût de la pratique d'examen à visée « défensive » est estimé à 50 milliards de dollars chaque année.

CHAPITRE II

L'influence du système processuel américain sur le système français

70. Le droit français et le droit américain répondent chacun à des règles de procédures particulières. Pour autant, les deux législations tendent à se rapprocher sur certains points. C'est ainsi qu'on voit peu à peu émerger l'idée d'introduire dans notre droit processuel, une action de classe inspirée du droit américain (Section I). De la même façon, on observe une véritable volonté de faire des modes alternatifs de règlements de différends, une procédure de droit commun et non plus d'exception (Section II).

SECTION I. L'ÉMERGENCE D'UNE ACTION DE GROUPE EN DROIT FRANÇAIS

71. L'idée de l'introduction d'une action de groupe en droit français a notamment été suscitée par les *class action* américaines⁶³⁶. Cette procédure permet à une personne (le représentant) d'introduire une action en justice pour le compte de toute une classe ayant des droits identiques ou similaires. La procédure a pour but d'aboutir au prononcé d'un jugement qui aura force de chose jugée⁶³⁷ pour toutes personnes faisant partie de la même classe de victimes. L'action de groupe peut se définir ainsi comme un système au sein duquel un requérant, un consommateur ou une organisation de consommateurs, demande réparation en justice au nom d'un groupe, comptant des personnes déterminées ou indéterminées, qui a subi du fait d'un même défendeur, des préjudices particuliers (appelés alors dommages de masse), ayant une origine commune et donnant aux membres de ce groupe le droit d'en obtenir réparation.

72. La volonté d'introduire une action classe en droit français fut émise en janvier 2005 par le Président de la République Monsieur Jacques CHIRAC lors des cérémonies des vœux à la Nation. Le Président a fait savoir qu'il souhaitait « *permettre à des groupes de consommateurs et à des associations d'intenter des actions collectives contre des pratiques abusives observées par certains marchés* ». A cet effet, un groupe de travail mixte (Chancellerie et Ministère des finances) a été constitué aux fins d'étudier les voies et moyens d'introduire une « class action » à la française.

⁶³⁶ Etats-Unis, Federal rule of civil procedure, rule n°23

⁶³⁷ CPC, art. 500, Une décision de justice a force de chose jugée lorsqu'elle n'est susceptible d'aucune voie de recours ordinaire, que les voies de recours ont été épuisées ou bien parce que les délais pour les exercer sont expirés.

73. Un rapport fut remis le 16 décembre 2005 au Ministre de l'économie et des finances, Monsieur Thierry Breton ainsi qu'au Ministre de la justice et garde des sceaux, Monsieur Pascal Clément⁶³⁸. Le rapport Attali⁶³⁹ pour la libération de la croissance de 2007 et le rapport Coulon⁶⁴⁰ pour la dépénalisation de la vie des affaires de 2008, ont par la suite préconisé, une fois encore, la création d'une action de groupe à la française. Dans ce projet, l'action ne pouvait être introduite que par une association de consommateurs représentative sur le plan national et agréée, ce qui limitait considérablement les dérives dénoncées outre-Atlantique. Le 21 octobre 2009, un groupe de travail reçu une nouvelle fois pour mission, l'examen de l'opportunité et des conditions de l'introduction de l'action de groupe⁶⁴¹. Celle-ci pouvait être engagée à l'occasion de tout préjudice civil, de nature contractuelle ou délictuelle, en matière de consommation, de santé, d'environnement ou de concurrence. Ces propositions ont cependant été rejetées.

74. Plus récemment, le projet de loi Hamon du nom du ministre délégué à la consommation, a été présenté devant l'assemblée nationale le 2 mai 2013 afin de créer des actions de groupes sur le modèle américain. Le projet original prévoyait cependant d'exclure le domaine de la santé de la procédure. Marisol Touraine, Ministre de la santé s'est pourtant dite favorable à la mise en place d'une telle mesure à partir de 2014 dans le cadre d'une loi spécifique à la santé⁶⁴².

75. Par ailleurs, introduire une action de classe en Europe semblait fortement souhaité par la Commission européenne, ainsi qu'en témoigne le livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, présenté le 27 novembre 2008, ainsi que le livre blanc du 3 avril 2008 sur l'indemnisation des victimes de violations des règles de concurrence⁶⁴³.

76. Ce n'est que le 17 mars 2014 que l'assemblée nationale et le sénat ont adopté la première loi relative à la consommation, qui introduit pour la première fois en droit positif français une action de classe à la française à l'article L. 423-1 de code de la consommation⁶⁴⁴. Cette disposition est toutefois limitée « *aux préjudices patrimoniaux individuels résultant des dommages matériels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales et contractuelles : 1° à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; 2° ou lorsque ces préjudices résultent de certaines pratiques anti-concurrentielles* ».

⁶³⁸ « La class action » à la française fait son grand retour », La Tribune de Genève du 13 juillet 2007, http://www.tdg.ch/pages/home/tribune_de_geneve/info_express/economie/depeches, consulté le 13 Juillet 2007

⁶³⁹ J. ATTALI, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, éd. XO, La documentation Française, 2008, 245 p.

⁶⁴⁰ J.M. COULON, Rapport, *La dépénalisation de la vie des affaires*, collection les rapports officiels, éd. XO, La documentation Française, 2008, 133 p.

⁶⁴¹ Communiqué du Sénat en date du 21 octobre 2009 : <http://www.senat.fr/presse/cp20091021c.html>, consulté le 16 janv. 2012

⁶⁴² V. COLLEN, Les échos, 24/06/2013 ; Les échos.fr consulté le 17/07/2013

⁶⁴³ H. PICOD et Y. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, 2010, n°541 ; D. FERRIER, *L'apport du livre blanc à la protection des consommateurs, L'amorce d'un droit européen du contrat*, Soci. Leg. Comp., 2010, p. 21.

⁶⁴⁴ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

77. Le domaine de la santé, comme l'environnement, n'est pas concerné par cette disposition malgré une proposition de loi déposée en ce sens à l'assemblée nationale le 14 janvier 2014⁶⁴⁵ : « Art. L. 1142-13-1. Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales qui s'estiment victimes d'un même préjudice défini aux articles L. 1142-1 et suivants ou au livre III de la première partie introduisent une action portant sur les mêmes faits, elles désignent au juge l'une d'entre elles à la majorité pour conduire, en leur nom, l'action résultant de la jonction de ces différentes actions ». « Pour porter l'action des personnes physiques ou morales, celles-ci se regroupent en associations selon les modalités fixées par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ou peuvent demander à une association agréée dans le domaine de la santé de porter, en leur nom, l'action devant le juge compétent ». « L'action de groupe est introduite selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État ».

78. Concernant les préjudices de masses de santé, le droit applicable reste donc le droit positif antérieur compte tenu de la non applicabilité des dispositions relatives aux actions de classes en la matière. Nous le pensons cependant limité dans ses effets (§1). Il convient dès lors d'analyser les réelles possibilités de transposition de telles actions en droit français (§2).

§1.L'insuffisance du droit français en matière d'action de masse concernant les préjudices de santé.

79. En l'état actuel du droit français, une action menée par un groupe de personnes, pour la défense des intérêts individuels des membres du groupe ayant subis des préjudices de santé n'est pas autorisée. La seule possibilité pour un groupement de personnes de se faire représenter, est d'user du régime de faveur institué par la loi Royer du 27 décembre 1973 pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs⁶⁴⁶, et de faire application des dispositions particulières de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

80. En raison de la proximité des deux textes et de leur complémentarité, nous assimilerons les dispositions relatives aux consommateurs à celles des usagers du système de santé.

81. Ainsi, une association régulièrement déclarée à aujourd'hui la possibilité d'agir pour des consommateurs en menant une action dans leur intérêt collectif ou bien, en tentant une action en représentation conjointe (I). Pourtant, si elles ont le mérite d'exister, ces procédures ne répondent pas à l'efficacité à laquelle le consommateur est en droit d'attendre d'une procédure. Elles comportent entre autre des limites importantes par rapport aux *class actions* américaines (II).

⁶⁴⁵ Proposition de loi n° 1692 ; <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1692.asp>

⁶⁴⁶ Loi n° 73-1193 du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

I. Une défense des intérêts collectifs de santé limitée en droit français

82. Qu'il s'agisse d'associations de consommateurs⁶⁴⁷ ou d'association de santé, le droit français admet que, dans certaines hypothèses, des groupements de personnes soient considérés comme représentatifs d'une collectivité identifiable alors même qu'en principe, nul ne peut agir en justice sans avoir un intérêt personnel et direct.⁶⁴⁸

83. Ainsi en matière de préjudice sanitaire, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a créé les associations de santé qui pourraient être le support d'action de groupement. Dès lors, le domaine des actions de groupement n'est pas seulement limité au droit de la consommation mais peut également s'appliquer aux préjudices consécutifs à un acte sanitaire.

84. Les associations sont capables d'agir en justice à condition qu'elles soient déclarées d'utilité publique⁶⁴⁹ et qu'elles aient été consacrées par une habilitation spéciale de la loi, selon la formule consacrée de l'article L. 421-1 du code de la consommation : « *Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* ».

85. A cet égard, l'article L. 1114-2 du code de la santé publique⁶⁵⁰ précise que « lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée, et sous réserve de l'accord de la victime, les associations agréées au niveau national dans les conditions prévues à l'article L. 1114-1 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du code pénal ainsi que les infractions prévues par des dispositions du présent code, portant un préjudice à l'intérêt collectif des usagers du système de santé ». De même, l'article L. 1114-4 énonce que « la commission régionale de conciliation et d'indemnisation (CRCI) mentionnée à l'article L. 1142-5, réunie en formation de conciliation, peut être saisie par toute personne de contestations relatives au respect des droits des malades et des usagers du système de santé », sans préciser s'il s'agit de personnes physiques ou morales. Les associations de malades sont donc réputées avoir la capacité de saisir les CRCI pour le compte d'usagers du système de santé, et exercer des droits reconnus à la partie civile pour certaines infractions pénales.

⁶⁴⁷Code cons., art. L. 421-1

⁶⁴⁸CPC, art. 122

⁶⁴⁹Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, art 5.

⁶⁵⁰Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art.20

86. L'article 2-8 du code de procédure pénale, complété par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁶⁵¹, dispose quant à lui que toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits ayant, en vertu de ses statuts, vocation à défendre ou à assister les personnes malades ou handicapées, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal, lorsqu'elles sont commises en raison de l'état de santé ou du handicap de la victime. En outre, lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée, l'association pourra exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les atteintes volontaires à la vie, les atteintes à l'intégrité physique ou psychique, les agressions et autres atteintes sexuelles, lorsqu'ils sont commis en raison de l'état de santé ou du handicap de la victime. Toutefois, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la victime ou, si celle-ci est un mineur ou un majeur protégé, celui de son représentant légal.

87. Le droit d'agir des associations de santé existe donc bel et bien. Il n'est toutefois pas octroyé sans discernement. La loi subordonne en effet ce droit à certaines conditions de fond comme l'ancienneté et la représentativité, dont le contrôle peut être assuré par l'institution d'une procédure d'agrément. Ainsi L. 1114-1⁶⁵² du code de la santé publique, dispose que les associations, régulièrement déclarées, ayant une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades, peuvent faire l'objet d'un agrément par l'autorité administrative compétente et qu'à ce titre, elles représentent les usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique. Ces conditions sont le plus souvent suffisantes, l'association pouvant alors agir librement sans autorisation, ni information préalable des victimes intéressées.

88. Dans certains cas, cependant et notamment concernant les personnes malades, l'action de l'association n'est recevable qu'à la condition qu'elle justifie de l'accord des victimes. Les associations ont le droit d'agir soit à titre principal pour assurer la défense des intérêts collectifs qu'elles représentent devant les juridictions pénales et civiles aussi bien en présence qu'en l'absence d'infraction pénale⁶⁵³, soit par voie d'intervention dans une instance déjà engagée devant les juridictions civiles par un ou plusieurs consommateurs⁶⁵⁴. Toutefois, la loi est peu intervenue pour autoriser les associations à défendre une grande cause en l'absence d'infraction pénale⁶⁵⁵.

89. Les associations agréées peuvent engager deux types d'action dans l'intérêt d'autrui. Il s'agit des actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs (1) et de l'action en représentation conjointe (2)

⁶⁵¹Loi n°2005-102 du 11 févr. 2005

⁶⁵²Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 20, modifié par la Loi n° 2004-806 du 9 août 2004, art. 5 et 6 et la Loi n° 2007-248, du 26 févr. 2007, art. 31

⁶⁵³A. MORIN, « L'action civile des associations de consommateurs », Inst. Nat. Cons., 1984

⁶⁵⁴C. cons., art. L. 421-7, y compris au moyen d'une action en représentation conjointe

⁶⁵⁵Cass, civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985 ; D. 1985. 317, note AUBERT ; JCP 1985. 2. 20484, note CALAIS- AULOY ; Gaz. Pal. 1985.173, obs. CROZE et MOEL ; RTD Civ. 1985. 769, obs. NORMAND

1. *Les actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs : l'action civile, l'action en cessation et l'action par voie d'intervention*

90. Le droit de représentation des associations a été mis en œuvre par la loi « Royer »⁶⁵⁶, complétée par la loi du 4 mars 2002, qui leur reconnaît « *l'exercice des droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* »⁶⁵⁷.

91. Deux conditions doivent être réunies pour l'exercice de cette action : d'une part, la constatation d'une infraction pénale et d'autre part, l'existence d'un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs, qui doit être distinct et caractérisé par rapport au préjudice subi personnellement par les victimes de l'infraction. L'action en réparation du préjudice collectif peut cependant coexister avec celle engagée par un ou plusieurs consommateurs, en réparation de préjudices individuels, si les faits ont porté atteinte aux intérêts défendus par l'association et à certains intérêts individuels. Contrairement à l'hypothèse de l'action groupe, ce sont les intérêts collectifs qui permettent à l'association d'introduire une action en justice.

92. Aux termes de l'article L.421-6 du code de la consommation, une association agréée de consommateurs peut également, sans qu'une infraction pénale soit constituée, engager une action en cessation des agissements illicites⁶⁵⁸. Cette action est exercée de manière autonome, devant la juridiction civile et peut être menée en l'absence de tout dommage individuel subi par un consommateur, et sans que le texte n'exige un préjudice collectif à l'intérêt des consommateurs. Est visée par cette disposition, la publicité trompeuse en matière de médicaments par exemple.

93. Enfin, si elle est moins connue, les associations agréées disposent également de la possibilité d'intervenir devant le juge civil, pour une action intentée par un consommateur désireux d'obtenir la réparation de son préjudice. Dans ce cas, l'association n'est pas à l'origine de l'action, mais elle peut, tout en appuyant le consommateur dans sa demande, exiger réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs pour la réparation du dommage collectif, c'est-à-dire distinct des préjudices individuels de celui qui est à l'origine de l'action en justice.

94. Les mesures menées dans l'intérêt collectif contribuent à une application effective du droit de la consommation, notamment dans l'hypothèse d'une action publique. Leurs possibilités de mise en œuvre sont cependant trop restreintes en raison de règles beaucoup trop strictes. Il en est de même de l'action en représentation conjointe.

⁶⁵⁶Loi n°72-554 du 3 juillet 1972 portant réforme de l'assurance vieillesse des travailleurs non-salariés des professions artisanales, industrielles et commerciales, dite loi Royer

⁶⁵⁷C. cons., art. L.421-1 et s.

⁶⁵⁸C'est le cas depuis la transposition de la directive n°98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 Août 2001

2. L'action en représentation conjointe

95. L'action en représentation conjointe a été instituée par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, pour permettre aux associations d'agir au nom de consommateurs identifiés (ce qui la différencie de la *class action*) aux fins de la réparation de leurs préjudices individuels⁶⁵⁹. En effet, lorsque plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels d'origine commune, causés par le fait d'un même professionnel, deux au moins de ces consommateurs peuvent, devant toutes juridictions confondues, donner mandat d'agir en justice en leur nom, à une association agréée et reconnue représentative au plan national. Le mandat ne peut être provoqué par voie d'appel public ou de lettre personnalisée, il doit être accordé par écrit par chaque consommateur intéressé. Il peut par ailleurs, être retiré à tout moment ce qui implique que le consommateur peut poursuivre l'instance engagée comme s'il l'avait introduite directement.

96. Tout comme la *class action*, l'action en représentation conjointe peut être exercée au profit de consommateurs, personnes physiques en réparations de préjudices individuels. Il s'agit en effet d'un pouvoir d'agir au nom et pour le compte d'autrui⁶⁶⁰, dont l'absence constituerait une irrégularité de fond affectant la validité de la demande en justice, formée par l'association.

97. L'action appartient donc aux consommateurs eux-mêmes et c'est en leur personne que s'apprécie l'intérêt et la qualité pour agir⁶⁶¹. L'action en représentation conjointe a un véritable intérêt pour le consommateur qui peut faire valoir ses droits par le biais de la constitution d'un groupe de pression, mais elle peut également constituer une véritable limite à l'introduction d'une action en justice : son action reste trop limitée⁶⁶².

II. Effets limités des actions en justice menées par les associations de consommateurs en droit français

98. Les actions menées dans l'intérêt collectif contribuent à une application effective du droit de la consommation, notamment quand l'action publique n'est pas mise en œuvre par le parquet. D'autre part, compte tenu de la grande publicité dont font preuve les décisions rendues en la matière, elles ont souvent pour effet de faire connaître à un bon nombre de consommateurs l'existence de leurs droits. De ce point de vue, les actions des associations de consommateurs sont de nature à prévenir de futurs préjudices individuels.

⁶⁵⁹C. cons., art. L.422-2 à L. 422-6

⁶⁶⁰CPC, art. 177

⁶⁶¹C. cons., art. L. 422-2; Devant le juge pénal, la qualité de partie civile est reconnue au consommateur alors même que c'est à l'association que seront adressés les notifications concernant le consommateur.

⁶⁶²E. JEULAND, « Résolutions des litiges : Faut-il recodifier les droit de l consommation ? », *Economica*, 2002, p. 142

99. Cependant, il existe de nombreuses limites à l'étendue des actions des associations de consommateurs. Ces actions en justice ne peuvent être intentées qu'au nom de l'intérêt collectif et ne peuvent avoir pour effet, de permettre la réparation de préjudices individuels⁶⁶³. En effet, les montants alloués au titre de la réparation du préjudice collectif sont versés à l'association elle-même et non aux consommateurs victimes qu'elle représente. L'action collective prévue par les dispositions de l'article L. 421-1 du Code de la consommation, a en effet pour but de réparer l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs par une infraction pénale. Rien n'est prévu sur le plan civil.

100. Certaines personnes sont aujourd'hui privées de la possibilité de faire valoir leurs droits en mettant en œuvre une action en justice, lorsque l'intérêt financier en cause, est trop faible. Il ne leur est pas permis de se regrouper et d'unir leur force pour faire valoir leurs prétentions individuelles.

101. Concernant l'action en représentation conjointe, si elle se trouve être la seule action que les associations de consommateurs peuvent exercer en vue d'obtenir la réparation de préjudices individuels elle est celle, qui dans le droit français, se rapproche le plus d'une action de groupe⁶⁶⁴. Elle a cependant connu de très rares applications, notamment du fait de ses limites. Elle n'est en effet que la réunion des intérêts de quelques consommateurs et n'est pas à l'inverse de l'action de groupe, une action dite « ouverte » qui permet d'associer à l'action, toutes les personnes ayant subi un préjudice du fait d'un même professionnel. Dans le système de la représentation conjointe, seuls ceux qui sont parties à l'action voient leurs intérêts protégés par la justice, c'est-à-dire ceux qui ont donné mandat à l'association, de les représenter.

102. Un des points faibles de l'action en représentation conjointe, réside donc dans le caractère limité de l'appel aux victimes et se caractérise par l'absence de voies efficaces dans la collecte des mandats car ceux-ci ne peuvent être sollicités par voie d'appel public, télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage de tract ou de lettre personnalisée⁶⁶⁵. La réparation du préjudice ne concerne donc que les consommateurs mandataires qui se seront au préalable identifiés. Les consommateurs qui subiront de futurs préjudices de même type ne pourront pas se joindre à l'action pour en obtenir réparation. En cas d'échec du procès, les consommateurs seront déçus de leur droit d'exercer individuellement une action en justice car on considère qu'ils ont déjà exercé ce dernier par l'intermédiaire de l'association.

103. Les associations estiment également que la gestion des mandats représente un très lourd travail qui paralyse les actions. Elles doivent en effet, supporter toutes les responsabilités afférentes à leur qualité et en conséquence, il est devenu difficile pour elles de s'assurer contre ce type de risque.

⁶⁶³Cass. civ. 3ème, 4 nov. 2004, Rev. Procéd., 2005, n°1, p. 11, obs. R. PERROT

⁶⁶⁴Elle suppose par principe, l'existence d'un mandat donné par écrit par chaque consommateur ; L. BORE, D. 1995, chron. p. 267 ; G. MARTON, JCP G 1994.I. 3756

⁶⁶⁵Cass. civ. 1ère, 26 mai 2011, n° 10-15.676, D. 2011. 1548, obs. X. DELPECH ; D. 2011. 1884, note N. DUPONT ; Rev. Lamy dr. civ. 2011, n° 84, p. 63, obs. L. RASCHEL ; RD bancaire et fin. 2011, comm. 56, note X. LAGARDE La Cour de cassation rappelle la prohibition de tout appel public par moyen de communication de masse ou par lettre recommandée personnalisée.

104. Il existe donc des limites aux actions en représentation de groupements en droit français. On leur reproche en effet une procédure trop rigide et une absence d'effectivité dans la représentation des intérêts individuels. Ces procédures, sont rarement utilisées et peu efficaces. Elles ne répondent pas aux mêmes objectifs d'indemnisation d'une action de classe et présentent, pour la plupart, l'inconvénient d'être soumises à l'intervention d'une association préalablement agréée (durée d'existence, agrément une activité significative dans la défense de ses intérêts statutaires).

L'introduction d'une *class action* à la française dans le domaine de la santé permettrait certainement de pallier ces difficultés.

§2. Une transposition envisageable d'une « class action » en droit français pour les préjudices de santé

105. Les actions de groupements restent d'application très limitée en droit français, malgré l'élaboration d'une législation particulière et la présence d'associations agréées. Aujourd'hui en effet, ces règles sont loin d'être suffisantes, car au-delà de l'intérêt collectif, c'est l'ensemble des intérêts individuels qu'il faut satisfaire. Dès lors, l'introduction d'une *class action* à la française prend tout son sens.

106. Avant d'envisager une telle possibilité, il convient d'analyser l'expérience américaine de la « *class action* » pour bien comprendre son fonctionnement (I). Il sera ensuite nécessaire d'étudier dans quelle mesure, le droit français est capable d'accueillir cette procédure (II), pour enfin envisager les moyens d'y parvenir (III).

I. L'expérience américaine des *class actions*

107. La « *class action* » se définit comme une action de groupement introduite par un seul représentant. Les personnes qui en font partie ne sont pas limitées en nombre⁶⁶⁶. Dans une « *class action* », chaque membre du groupe est considéré comme partie à l'instance et engage une action en vue de la réparation du préjudice subi par elle-même et par le groupe.

108. En droit américain, le groupe est constitué par la technique de l'« *opt out* »⁶⁶⁷. Cela signifie que lorsque l'initiateur de l'action de classe notifie la demande en justice, chaque membre potentiel doit expressément s'exclure du groupe s'il ne veut pas être considéré comme une partie au procès.

109. Le mécanisme de l'« *opt out* » s'oppose à celui de l'« *opt in* » qui impose à une personne voulant faire partie de la « *class action* » de manifester expressément sa volonté d'être intégrée dans le groupe et donc, dans la procédure. La recevabilité de la « *class action* » est soumise à des conditions assez restrictives définies par la règle fédérale n°2318⁶⁶⁸ :

⁶⁶⁶L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, § 360 et s.

⁶⁶⁷ Etats-Unis, Federal rules of Civil Procedure, rule n°23

⁶⁶⁸ Etats-Unis, Federal rules of Civil Procedure, rule n°18, 23

110. Une première exigence tient au nombre de personnes voulant être partie à l'action. L'importance du groupe doit être telle, que la jonction des instances est impossible. A cet égard, certaines actions introduites par des groupes de 5, 7, ou 32 personnes ont été jugées irrecevables par la jurisprudence américaine, les juges ayant considéré que ces actions pouvaient être traitées par la procédure classique de jonction des actions connexes, qui permet à chaque demandeur d'être personnellement partie à l'instance et d'exercer un contrôle direct sur celles-ci⁶⁶⁹. Cependant, le nombre de demandeurs ne doit pas être trop élevé, la « *class action* » serait alors difficile à gérer. La notion de nombre de demandeurs est très subjective et dépend beaucoup des juridictions étatiques en charge de l'affaire⁶⁷⁰.

111. Pour que la « *class action* » soit recevable, le droit américain exige également qu'existent des points de droit ou de fait communs au groupe et que les victimes n'aient pas déjà engagé, individuellement, une action en réparation pour les mêmes faits. La Cour Suprême de l'Etat de New York a ainsi jugé qu'une « *class action* » où 556 victimes sur un total de 1254 avaient déjà engagé une action en justice, ne pouvait pas être recevable⁶⁷¹.

112. L'examen de la recevabilité de la « *class action* » porte également sur les qualités de celui qui postule à la représentation du groupe, qui doit justifier de sa légitimité à le représenter. A cet effet, celui-ci doit saisir le tribunal de sa demande et attendre que ce dernier l'autorise à représenter le groupe. Le juge vérifie que le candidat remplit tous les critères d'un bon représentant. :

113. Il doit d'abord avoir un intérêt à agir, au même titre que le groupe qu'il défend. Si l'action individuelle du représentant n'est pas recevable, il ne peut prétendre à la représentation du groupe⁶⁷². Son action doit être fondée pour l'essentiel sur des moyens de fait et de droit identiques à ceux des autres membres du groupe qu'il souhaite représenter. Le contrôle de la qualité à agir du représentant est poussé jusqu'à examiner s'il peut protéger équitablement et convenablement les intérêts du groupe. A cet effet, les juges américains exigent non seulement que le demandeur soit un bon représentant, mais aussi que son avocat soit un professionnel compétent. Les tribunaux ont ainsi jugé, que le représentant d'un groupe ne pouvait pas être un plaideur professionnel, ou avoir des intérêts contraires à ceux des membres du groupe⁶⁷³.

⁶⁶⁹Etats-unis, O'halleron v/ L.E.C. Louisiana Court of appeals, 1985, Inc, 471 So. 2d 752

⁶⁷⁰Etats-unis, Feldman v/ Quick Quality Restaurants Inc., N.Y.L.J, 22 juil. 1983, p. 12

⁶⁷¹Etats-unis, Snyder v/ Hooker Chemicals & Plastics Corp., 429 N.Y.S. 2d 152, New York Supreme Court, 1979,

⁶⁷²Etats-unis, Dockside Association v/ Detyens, Simmons and Carlisle, 330 S.E. 2d 537, South Carolina Court of Appeals, 1985

⁶⁷³Etats-unis, New Jersey Supreme Court, 1983, Matter of the Cadillac V8-6-4 Class action, 461 A. 2d 736

114. Enfin, le représentant doit pouvoir assumer les frais de procédure de la « *class action* », notamment le coût de la notification de celle-ci, qui est parfois très élevé. En effet, le tribunal exige du représentant qu'il se charge de la notification de la procédure de la « *class action* » à tous les membres du groupe, parfois très nombreux⁶⁷⁴. Le coût de cette publicité, qu'elle ait lieu par voie de presse ou par courrier individuel est très important. Cette procédure soumet le représentant à un risque financier important en cas d'échec, et permet au juge de vérifier que le candidat représentant est bien sérieux dans sa demande.

115. D'une manière générale, les conditions de recevabilité de l'action sont appréciées avec pragmatisme par les tribunaux, c'est-à-dire en fonction de son efficacité et de son organisation. Lorsque la « *class action* » semble être difficile à gérer, le tribunal la déclare irrecevable⁶⁷⁵. Il n'y a pas en la matière, de règle absolue, tout est une question d'appréciation au cas d'espèce⁶⁷⁶.

116. Les procédures de mise en œuvre de la « *class action* » restent relativement lourdes et compliquées. Elles connaissent néanmoins un véritable succès Outre atlantique car, en plus d'un objectif de réparation, cette procédure poursuit un objectif de dissuasion. En effet, certains économistes considèrent d'ailleurs qu'au-delà d'un certain niveau de dégâts financiers, les professionnels corrigent automatiquement leur conduite⁶⁷⁷. L'aspect moralisateur de la procédure est à cet égard, très fort.

117. Ce mode de résolution des litiges est très utilisé dans les procès aux Etats-Unis, au civil ou au pénal. Pour autant, 95% des « *class action* » n'aboutissent pas et se terminent par une transaction⁶⁷⁸ qui se justifie souvent au regard de l'ampleur des condamnations encourues.

⁶⁷⁴ Etats-unis, C. HODGES, *Multi-Party Actions*, Oxford University Press, 2001, §208. If a rule 23(b) (3) Class Action is certified, the court will require the class representatives to provide notice of the existence of the Class Action to the class members. Providing adequate notice can be quite expensive and the class representatives must bear the cost.

⁶⁷⁵ Etats-unis, C. HODGES, *Multi-Party Actions*, Oxford University Press, 2001, §206 «(...) Taken together, the elements of Rule 23(a) establish a threshold that, broadly speaking, requires plaintiffs to show that there will be some benefit to proceeding as a class »

⁶⁷⁶ La Class Action a été jugée irrecevable dans un cas où le groupe fluctuait sans arrêt. Le demandeur souhaitait représenter toutes les personnes ayant acheté un type de hamburger dans une chaîne de fast-food au cours des six dernières années, le tribunal a jugé la classe trop vaste et la période de temps trop longue et a limité la classe aux seuls habitants de l'Etat de New York et aux deux dernières années, *Feldman v/ Quick Quality Restaurants Inc.*, N.Y.L.J, 22 juil. 1983, p. 12

Dans une autre affaire, le juge américain a rejeté la Class Action dans laquelle le montant des frais d'avocat et des coûts de la procédure priverait les victimes d'une indemnité sérieuse, *Lawson v/.Brown*, 349 F. Supp. 203, Western District Court of Virginia, 1972

⁶⁷⁷ Voir sur ce sujet les développements concernant la faute dit lucrative ; G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », Rec. D. 2009. 2944

⁶⁷⁸ Etats-unis, C. BOGUS, *Why Lawsuits are good for America*, New York University Press, 2001, p. 30 « Lawyers file something in the neighbourhood of 1 million tort cases annually in state and federal courts throughout the country. About 95 percent of all cases are resolved before trial »

118. L'importance des montants des dommages et intérêts incite en effet, le défendeur à résoudre le litige à l'amiable en proposant des conditions de transaction intéressantes. Cette dernière est alors notifiée à tous les membres du groupe. Si certaines personnes s'y opposent, elles peuvent communiquer leurs griefs au Tribunal et la transaction ne prend effet, qu'à partir du moment où elle est autorisée par le juge qui vérifie qu'elle n'est pas contraire aux intérêts du groupe. A titre d'exemple, un professionnel fautif peut s'obliger à verser une somme forfaitaire en compensation d'un préjudice ou payer les honoraires des avocats des victimes en contrepartie du renoncement du groupe à toutes poursuites.

119. Les « *class action* » ont donc aux Etats-Unis, un effet particulièrement dissuasif et permettent dans une certaine mesure, un désengorgement des tribunaux, la majorité d'entre elles finissant par une transaction. De plus, elles permettent à un nombre de personnes, qui n'auraient pas la possibilité d'introduire une action en justice (soit pour des raisons matérielles soit pour des raisons qui tiennent à l'ampleur de leur préjudice), de s'allier pour mener ensemble, une seule et même action. Cette procédure ne pourrait-elle pas être une réponse à l'encombrement des tribunaux français ?

II. L'introduction en droit français d'une « *class action* »

120. Le débat sur les actions de groupe est en réalité bien antérieur à la récente loi introduisant une « *class action* » à la française. En 1983, la commission sur les règlements des litiges de la consommation avait en effet rendu un rapport détaillé sur la possibilité de mettre en œuvre une action de groupe en droit français⁶⁷⁹. Ce projet fut repris en 1985 dans les propositions élaborées par la commission de refonte du droit de la consommation proposé par Monsieur le Professeur Calais-Aulois, mais ne fut jamais adopté dans ses termes d'origine⁶⁸⁰. La commission avait imaginé une action de groupe exercée par des associations dans le cas où, plusieurs consommateurs subissaient un préjudice individuel ayant pour cause un même fait. A la différence de l'action en représentation conjointe, l'association n'avait pas à recevoir de mandat de chacun des consommateurs lésés. Deux phases successives étaient nécessaires à la mise en œuvre d'une telle action :

121. L'association devait d'abord introduire une action en justice contre un professionnel malveillant. Dans un second temps, si l'action en justice aboutissait, l'association pouvait alors publier le jugement et ainsi fédérer l'ensemble des consommateurs victimes du professionnel fautif autour de la décision rendue. Le but recherché était bien évidemment, d'obtenir l'indemnisation de l'ensemble des préjudices subis du fait de ce même professionnel. Ceux qui ne désiraient pas s'associer à cette action, restaient libres d'exercer une action individuelle.

⁶⁷⁹J. CALAY-AULOY *Le règlement des litiges de la consommation*, Ronéo, 1983, p16 et s.

⁶⁸⁰Lorsque le premier projet CALAIS-AULOY a été publié en 1983, le C.N.P.F. s'est immédiatement mobilisé contre l'action de groupe et a rendu un rapport soulignant les dangers de celle-ci. Les notaires se sont aussi prononcés contre ce projet. L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1997.

122. Si cette proposition d'action de groupe représentait une avancée considérable dans la reconnaissance des droits des consommateurs lésés, notamment en raison de la prise en compte de l'indemnisation des intérêts particuliers au sein d'une action collective, elle ne fut pas retenue. Les règles de procédure civile (1) et les principes fondamentaux du droit français (2) auraient pu s'en trouver bouleversés. Pourtant, ces précisément ces grands principes qui auraient permis et permettraient encore à la « *class action* » de trouver un équilibre dans les règles des procédures du droit français et qui empêcherait donc, toute crainte d'une dérive à l'américaine.

1. *Des obstacles procéduraux empêchant la crainte d'une dérive à l'américaine*

123. L'introduction du système de « *class action* » nécessite de s'interroger sur sa compatibilité avec les exigences des principes constitutionnels, les principes généraux du droit civil, ainsi que les principes généraux du droit de la procédure civile. Ainsi, l'adage « *nul ne plaide par procureur* » (a), la prohibition des arrêts de règlements (b), le principe de l'autorité relative de la chose jugée (c) et la portée de la célèbre décision du Conseil Constitutionnel de 1989 (d) constituent autant de gardes fous à la mise en place d'une « *class action* » à la française et qui devraient couper court à toute crainte d'une « dérive à l'américaine ».

a) Une première garantie : l'adage « *nul ne plaide par procureur* »

124. L'hypothèse d'une « *class action* » telle qu'elle existe Outre atlantique, est de nature à remettre en cause les règles de représentation à l'action en droit français. En effet, la transposition du système de l' « *opt out* » pose de nombreuses difficultés en raison de la présence dans le droit positif français de la règle « *nul ne plaide par procureur* »⁶⁸¹. Cette dernière imposant à celui voulant faire partie d'une « *class action* » de révéler expressément l'identité du représentant à l'action. Or, il est très difficile de faire appliquer cette règle dans le système de l' « *opt out* », toutes les victimes étant considérées comme membres du groupe représenté, sauf si elles ont expressément émis la volonté de ne pas y participer. Ce système rend donc impossible l'application de la règle du mandat express requis par la règle « *nul ne plaide par procureur* »⁶⁸².

125. En effet, dans le système de l' « *opt out* », ce type de mandat ne peut exister dans les faits, car il reviendrait à annihiler l'effet de masse qui est un des critères de recevabilité et d'efficacité de la *class action*. Il faut alors, selon Monsieur le Professeur Serge GUINCHARD, dans l'optique de l'introduction d'un système identique en droit français, que le législateur autorise une dérogation afin qu'une association puisse représenter par mandat express des victimes qui ne se sont pas fait expressément connaître. C'est d'ailleurs ce que préconisait la commission de refonte du droit de la Consommation en 1985. Ce système reviendrait à accorder aux associations une présomption simple de représentation des victimes qui conserveraient ainsi leur liberté de représentation en signifiant à l'association, leur volonté de ne pas participer à l'action mise en œuvre. Les victimes garderaient par ailleurs le choix de leurs représentants.

⁶⁸¹S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française », D. 2005. 2180

⁶⁸²M. VERPEAUX, « L'action de groupe est-elle soluble dans la constitution », D. 2007. 258

126. La transposition du système de l'« *opt in* » pourrait alors être une alternative à l'introduction d'une action de groupe en droit français. Au terme de celui-ci, la victime doit expressément se manifester pour participer à l'action. Il n'existe pas de notification, comme c'est le cas dans le système de l'« *opt out* ». Il suffit pour participer, de se faire connaître du représentant, c'est à dire de l'association ou de l'avocat, à la suite de la diffusion de l'information de l'action, le cas échéant par voie de presse comme dans le système de la représentation conjointe.

127. En conséquence, dans le système de l'« *opt in* », l'obstacle posé par la règle « nul ne plaide par procureur » est levé, puisque le nom du mandataire à l'action est désigné expressément par chaque victime. La règle procédurale est donc garantie.

b) La décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989

128. Une transposition de la procédure de « *class action* » en droit français ne paraît pas compatible avec la décision du Conseil Constitutionnel du 25 juillet 1989⁶⁸³. Pour autant, seul le système de « *l'opt-out* » représente un obstacle à cette transposition.

129. Dans cette décision, le juge constitutionnel avait autorisé la représentation en justice d'un salarié par un syndicat « à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à son action ». Selon le Conseil Constitutionnel, pour se prévaloir de l'acceptation tacite du salarié, le syndicat doit justifier lors de l'introduction de l'action en justice, que le mandant a eu personnellement connaissance d'une lettre comportant toutes les précisions utiles sur la nature de l'objet de l'action exercée, sur les conséquences de son acceptation et sur la possibilité qui lui est offerte de mettre terme à tout moment au procès. Cette décision va dans le sens de l'adage « nul ne plaide par procureur » qui impose que, seules les personnes qui ont manifesté leur accord express peuvent être représentées.

130. Au regard de cette décision, le Conseil Constitutionnel devrait donc être en principe, hostile à la transposition du système de l'« *opt out* » en droit français. En effet, s'il venait à être saisi d'un éventuel contrôle de constitutionnalité, il aurait sans doute à imposer les mêmes conditions à l'application de la loi que celles exposées dans la décision du 25 juillet 1989. Or, la mécanique de « *l'opt out* » semble peu compatible avec ces exigences. En effet, l'association agréée qui mène une action de groupe, a rarement l'opportunité d'apporter une telle preuve dans le cadre du mécanisme de l'« *opt out* », surtout lorsqu'elle n'a pas pu identifier précisément le consommateur victime et qu'elle a recouru à des moyens de publicité collectifs, comme la diffusion d'annonces publicitaires par voies de presse ou audiovisuelle.

131. Pour pallier cette carence, on pourrait alors imaginer que le texte de loi envisage d'informer les victimes potentielles par voie de presse ou par tout autre communiqué de masse comme Internet, en respectant les exigences du Conseil constitutionnel. Cette communication pourrait comporter toutes les précisions nécessaires sur la nature de l'action, son objet, les conséquences de l'acceptation de la représentation et la possibilité de se retirer de l'action à tout moment.

⁶⁸³Cons Const., décision n°_257 DC du 25 juil. 1989

132. Monsieur le professeur Michel Verpeaux⁶⁸⁴, considère que l'atteinte portée à la liberté personnelle de ceux au nom desquels est menée l'action de groupe sans qu'ils aient donné leur accord, pourrait être justifiée, aux yeux du juge constitutionnel, dans le cas particulier de l'action de groupe, par la nécessité de favoriser l'effectivité de la garantie des droits, l'accès effectif à un juge et le droit des victimes de voir sanctionner les fautes du responsable. Il suffirait alors que soit prévu, la possibilité pour les intéressés de s'exclure de l'action à tout moment.

133. Au surplus, il convient d'observer que la décision du Conseil Constitutionnel a été rendue dans le cadre d'un litige concernant la défense des intérêts individuels d'un salarié. Or, dans le cadre d'une action de groupe, ce n'est pas l'intérêt individuel à proprement parler qui est concerné, mais la somme d'une multitude d'intérêts individuels. Cette somme permet à la « *class action* » de devenir un instrument de défense d'un intérêt collectif.

134. En conséquence, si le système de l' « *opt in* » venait à être transposé en droit français, le juge constitutionnel n'adopterait pas la même position que dans sa décision de 1989. En effet, ne devrait-il pas considérer qu'au-delà de l'intérêt individuel, la *class action* protège l'intérêt collectif ? Dans cette conception, la décision du Conseil constitutionnel de 1989 ne serait plus un obstacle mais une garantie de sa mise en application.

c) La prohibition des arrêts de règlements

135. La règle de la prohibition des arrêts de règlement énoncée à l'article 5 du Code civil, dispose qu'un juge, saisi d'une cause, ne peut se prononcer par voie de disposition générale pour attribuer autorité à son jugement en dehors du litige qui lui est soumis⁶⁸⁵. Il ne peut en aucun cas transposer la solution d'une affaire qu'il a déjà jugée à un litige identique qui lui est postérieurement soumis. Or dans le cadre d'une « *class action* », le juge est amené à appliquer la même solution à des litiges identiques concernant des personnes différentes. Une telle procédure pourrait s'analyser comme contraire à la prohibition des arrêts de règlements.

136. Cependant, dans le cas d'une action de groupe, l'ensemble des litiges individuels est soumis au juge dans le cadre d'une seule et même action. Dès lors, on peut considérer que le juge saisi n'a à juger de l'ensemble de ces faits qu'au cours d'une seule et même procédure. Il pourrait donc tout à fait avoir à juger des faits similaires au cours d'une autre procédure mais ne pas appliquer la même solution, car les faits de l'espèce seraient tout simplement différents.

⁶⁸⁴M. VERPEAUX, « L'action de groupe est-elle soluble dans la constitution », D. 2007. 258

⁶⁸⁵B. Le BARS, « Introduction en droit français d'une procédure d'action collective: quand la régulation se fait judiciaire », Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} Juil. 2005 n°07, p. 811

137. Une seule et même instance pour l'ensemble des victimes, la décision s'applique non de façon réglementaire, mais pour chaque partie à l'instance. En droit français rien n'interdit plusieurs parties d'une même cause d'assigner ensemble ou de demander la jonction des affaires en raison de leur connexité⁶⁸⁶. Une simple application de ces règles pourrait donc s'adapter au système de « *l'opt out* », sans contrevenir à la prohibition des arrêts de règlement, car l'ensemble des plaignants serait parties de la même instance.

138. D'autre part, la particularité de l'arrêt de règlement est de décider pour l'avenir. Or ce n'est nullement l'objectif poursuivi par la class action qui reste une simple décision de justice qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux parties à l'instance. Dans le cadre d'une action de groupe, la décision relative à cette action collective, aussi générale soit-elle, ne vise que des situations passées et ne saurait avoir d'effets pour l'avenir. Le jugement relatif à « une « class action » à la française » ne peut donc être assimilé à un arrêt de règlement. En outre, l'autorité relative de chose jugée est préservée puisque la partie qui n'aura pas participé nommément à l'instance pourra retourner voir le juge de première instance pour introduire éventuellement une action sur les mêmes faits.

d) La garantie du principe de l'effet relatif de la chose jugée

139. Lorsque le juge rend une décision, on dit que cette dernière a autorité de chose jugée à l'égard des parties ayant participé au procès, cela signifie que la décision ne pourra être appliquée à d'autres personnes alors même que l'action qu'ils engagent porte sur la même demande⁶⁸⁷.

140. En principe, le jugement n'a autorité de chose jugée qu'à l'égard des parties au procès, titulaires ou débitrices du droit substantiel litigieux. Dès lors, le jugement ne peut avoir d'effet sur des personnes qui ne seraient pas parties au procès. Monsieur le Professeur Bolard a ainsi pu écrire que « *c'est une prérogative essentielle des personnes et des plaideurs potentiels en matière civile, que de n'être pas liés par une décision de justice rendue sans qu'ils aient pu faire valoir leur point de vue* »⁶⁸⁸.

141. Or depuis la décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, la victime doit avoir « personnellement connaissance » de l'action engagée pour pouvoir y être associée, faute de quoi, sa liberté personnelle serait méconnue. Le Conseil souligne dès lors, l'importance des modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux représentants à l'action et indique que la publicité est primordiale pour préserver la liberté d'agir des consommateurs, en tant qu'élément de la liberté personnelle.

142. En conséquence, dans une « class action », chaque victime devrait être partie à l'instance et la décision devrait s'appliquer individuellement. Pour cela, il pourrait être imposé au représentant à l'action de délivrer une information exhaustive à l'ensemble des parties sur le déroulement de l'instance, afin que chacune d'entre elle puisse faire valoir leur point de vue. Dans ce cas, les principes du contradictoire et d'autorité de la chose jugée seraient respectés.

⁶⁸⁶CPC, art. 102, 103 et 104.

⁶⁸⁷C. civ. art. 1351

⁶⁸⁸G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil », JCP G 1993. 3693, n°16

2. *Les principes fondamentaux du droit français venant appuyer la possibilité de mettre en place une « class action » « raisonnée »*

143. L'introduction d'une « class action » en droit français est source de craintes et de réticences car elle serait susceptible de bouleverser certains de nos principes fondamentaux. Les droits de la défense pourraient s'en trouver affecter (a), de même que les principes relatifs à la réparation du dommage (b).

a) La nécessaire adaptabilité de la « class action » avec les principes des droits de la défense

144. Le procès de la « class action » doit remplir toutes les garanties des droits de la défense. Le principe de l'égalité des armes (1) ainsi que le respect du principe du contradictoire (2) devront donc être respectés.

(i) La procédure de « discovery » incompatible en principe avec le respect principe de l'égalité des armes

145. Le principe d'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause et ses moyens de preuves, dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire⁶⁸⁹. Elle doit en être assurée lors de l'instruction et de l'audience, ainsi que dans l'exercice des voies de recours. Ce principe permet de sanctionner toutes les inégalités dans la communication des pièces⁶⁹⁰ et implique que les parties puissent participer à égalité à la recherche de la preuve⁶⁹¹. Elles doivent disposer des mêmes moyens pour faire valoir leurs arguments⁶⁹².

146. Or dans le système de l' « opt out », les membres d'une même classe ne peuvent pas faire valoir individuellement leurs éléments de défense personnels. En réalité seul le représentant de la classe, à l'origine de l'action, serait en mesure de le faire car il est supposé être le seul interlocuteur en rapport avec la défense. Seuls ses arguments, seront donc confrontés à ceux de la partie adverse. En conséquence, le principe de l'égalité des armes n'est pas respecté à l'égard de toutes les personnes représentées dans la « class action ».

147. Pour que le principe soit respecté, il serait nécessaire que toutes les personnes à l'action aient une situation très semblable et les mêmes arguments. S'il en était autrement, il faudrait une logistique considérable notamment pour la présentation de l'ensemble des arguments originaux à la partie adverse. Par ailleurs, il serait important de rappeler que les personnes dont la situation se démarque trop de la classe, auraient toujours la possibilité de se soustraire à la l'action pour faire valoir leur arguments dans un autre procès.

⁶⁸⁹CEDH, 16 juil.1968, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, Série A n° 274, 19 juil. 1994 ; JCP.1994.I. 3742, obs. F. SUDRE ; CEDH, 23 oct. 1996, *Ankerl c/ Suisse*, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, pp. 1567-1568

⁶⁹⁰CEDH, 27 avr. 2000, *Kuopila c/ Finlande*, JCP 2001. I. 291, obs. F. SUDRE

⁶⁹¹CEDH, 16 juil.1968, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, Série A n° 274, 19 juil. 1994 ; JCP.1994.I. 3742, obs. F. SUDRE

⁶⁹²CEDH, 22 févr. 1996, *Bulut c/ Autriche* ; JCP G 1997.I. 40000, obs. F. SUDRE ; CEDH, 22 sept. 1996, *Hentrich c/ France*, § 56 : A 296-A ; CEDH, 11 janv. 2001, *Platakou c/ Grèce*, JCPG, 2001.I. 342, chron. F. SUDRE.

148. Cependant aux Etats-Unis, l'efficacité de l'action de groupe dépend pour beaucoup des moyens d'enquêtes mis à la disposition des demandeurs pour démontrer le bienfondé de leurs prétentions. Il s'agit de la procédure de « *discovery* »⁶⁹³, phase d'investigation de la cause préalable au procès. Elle consiste en la demande de divulgation de chaque document « qui contient quelque information qui puisse aider l'autre partie à soutenir sa cause ou à contester celle de son adversaire »⁶⁹⁴. Elle fait obligation à chaque partie de dévoiler à l'autre tous les éléments de preuve pertinents au litige dont elle dispose (faits, actes, documents...), y compris ceux qui lui seraient défavorables. L'objectif est d'abrèger un procès en permettant l'élimination de certains points qui ne sont pas véritablement contestés ou contestable.

149. Souvent utilisée comme une arme par les parties, la « *discovery* » présente un risque au regard de la confidentialité des affaires. Une demande de « *discovery* » très largement formée par un concurrent dans le cadre d'une procédure peut en effet amener une partie à devoir ouvrir ses archives et produire des documents, dont la communication pourrait être de nature à nuire à son activité. Les avocats pratiquent fréquemment la « *boilerplate discovery* » documents prenant la forme de formulaires adressés à toutes personnes physiques ou morales pouvant apporter son témoignage ou d'éléments de preuves utiles au procès⁶⁹⁵.

150. Selon l'auteur Walter K. Olson, le dérapage des coûts aux Etats-Unis tient en partie à l'ampleur de la « *discovery* ». Dans son livre référence, « *The litigation explosion* » de 1991⁶⁹⁶, sur l'inflation des litiges, il analyse de façon critique ce qu'il qualifie d'« industrie du procès » qu'il considère comme préjudiciable au système judiciaire américain, notamment en raison de la longueur et du coût des procédures.

151. En prenant pour exemple les demandes importantes de réparation du préjudice corporel, il démontre que le procès est devenu un véritable mode de vie aux Etats-Unis. Il insiste sur les effets pervers de la « *discovery* » en prenant l'exemple d'avocats qui font appel aux services d'« experts » peu scrupuleux et qui n'hésitent pas à produire des pièces destinées à seulement induire en erreur la partie adverse.

152. Le système de la « *discovery* » a des conséquences manifestement excessives, néanmoins, il n'est certainement pas indispensable à la mise en œuvre d'une procédure d'action de classe en droit français. Le système français d'administration de la preuve impose en effet à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention⁶⁹⁷.

⁶⁹³ Les règles de l'administration de la preuve devant les tribunaux fédéraux sont régies par les Federal Rules of civil procedure n° 26 et 29. La particularité de la procédure de discovery aux Etats-Unis est l'instruction de l'affaire par les parties

⁶⁹⁴ Etats-unis, J. O'HARA et R. N. HILL, *Civil Litigation*, Bell & Bain éd., 7e éd. 1995. p. 375 et s.

⁶⁹⁵ Cour de Cassation, Cycle de conférences « risques, assurances, responsabilités », 20 octobre 2008 : les membres du groupe de travail animé par A GARAPON, Secrétaire général de l'Institut des hautes études pour la justice, H. MUIR WATT, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), P. MATET, conseiller à la cour d'appel de Paris, et M. UZAN-SARANO, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ont restitué leurs travaux sur le thème « la crédibilité ».

⁶⁹⁶ Etats-unis, W. K. OLSEN, *The litigation explosion, what happened when America unleached the lawsuits*, New York, Truman Talley Books-Dutton, 1991

⁶⁹⁷ CPC, art. 9

153. L'article 10 du Code civil dispose en effet que chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité et que celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire. L'article 133⁶⁹⁸ du nouveau code procédure civile dispose qu'une partie peut solliciter du juge d'enjoindre une communication de pièces, le cas échéant à peine d'astreinte, à la condition que la demande soit motivée et détermine les pièces recherchées. La pratique française invite donc à la production utile contrairement à la procédure de « *discovery* ».

154. De plus, l'article 145 du NCPC prévoit la possibilité de demander au juge des mesures d'instructions afin de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre l'issue du litige s'il existe un motif légitime, des mesures d'instruction pouvant être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé.

155. Le système d'administration de la preuve en droit français permet donc d'échapper aux affres de la procédure de « *discovery* », les mesures de contraintes étant contrôlées par le juge, qui arbitre ainsi le bien fondé des demandes. Le principe de l'égalité des armes n'en est pas moins remis en cause.

(ii) Le principe de la contradiction

156. Le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont qualifié le principe de la contradiction de principe général du droit⁶⁹⁹ que seule la loi a la possibilité d'aménager. Le Conseil constitutionnel a même considéré, plus récemment, que les droits de la défense sont « *un droit fondamental à caractère constitutionnel* »⁷⁰⁰.

157. La Cour européenne des droits de l'Homme a quant à elle estimé que le droit à un procès équitable, consacré à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, implique le respect de la contradiction, dont l'un des aspects essentiels est la faculté, pour une partie, « de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter »⁷⁰¹ mais aussi de « la faculté pour toutes les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »⁷⁰².

⁶⁹⁸Jusqu'en 1972, en droit français, il était impossible pour une partie de contraindre l'autre à produire les pièces qu'elle détenait. L'adage de l'ancien droit *nemo tenetur laedere contra se* signifiait qu'une partie n'était jamais tenue de produire une pièce susceptible de lui nuire.

⁶⁹⁹CE, 11 oct. 1979, D. 1979, p. 606, note BENABENT ; JCP G 1980.2. 19288, note L. BORE ; Gaz. Pal. 1980.1. 6, note JULIEN et C. Const., 13 nov. 1985, Rec. Cons. Const., p. 116

⁷⁰⁰Cons. Const, 13 août 1993, Justices, 1995, p. 201, obs. N. MOLFESSIS

⁷⁰¹CEDH, 24 févr. 1995, D. 1995. 449, note PLUYETTE

⁷⁰²CEDH, 20 févr. 1996, JCP G 1997.I. 4000, n 19, obs. F. SUDRE ; RTD civ. 1997, p. 992, obs. R. PERROT

158. La contradiction domine donc « toute espèce de procès juridictionnel, qu'il soit civil, administratif, pénal ou disciplinaire »⁷⁰³. Non seulement la discussion contradictoire enrichie le débat dans la mesure où les objections exprimées par chacun font évoluer le procès, mais surtout la contradiction protège les plaideurs contre tout effet de surprise qui ne permettrait pas l'exercice plein et entier d'une défense équitable⁷⁰⁴. Il s'agit de permettre une libre discussion entre les parties, qui doivent avoir la possibilité de connaître tous les éléments du procès et ainsi d'être placé sur un pied d'égalité⁷⁰⁵. Il s'agit donc d'un principe essentiel.

159. Or, l'introduction d'une « *class action* » en droit français pourrait significativement entraver le principe. En effet, il est matériellement impossible que chacune des personnes présentes à l'action soit entendue par le tribunal de même qu'il paraît difficile que les parties puissent prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter sauf encore une fois à imaginer une logistique considérable.

160. Il faudrait alors veiller à l'absence d'hétérogénéité entre les situations. Ce rôle reviendrait au représentant à l'action mais également au juge qui devra y faire particulièrement attention dans le cadre de la procédure de recevabilité.

161. Si l'ensemble des situations conflictuelles est suffisamment homogène, dans les faits comme en droit, un moyen de défense sérieux soulevé par une victime vaudrait pour l'ensemble de la classe. C'est tout l'enjeu de la phase de recevabilité de l'action qui doit être placée sous le contrôle minutieux du juge. L'entorse ainsi apportée au principe du contradictoire, nécessairement limitée, reste constitutionnellement compatible parce qu'elle est placée dans un dispositif nouveau sortant de la logique individuelle et présentant en lui-même une avancée significative dans la mise en œuvre du droit au recours, lui aussi de rang constitutionnel.

162. Cependant, on peut considérer que lors de la première phase de jugement, l'association agréée, qui agit au nom de la défense de l'intérêt des consommateurs, est la seule partie requérante à l'instance. Elle donc a pour rôle d'assurer et de garantir le respect du contradictoire à l'égard du demandeur. Le défendeur à l'action connaît son adversaire. Dans ce cas précis, il n'y a aucun obstacle à l'organisation d'échanges contradictoires. Les cas exemplaires soumis par l'association au juge peuvent être contestés par le professionnel attaqué. Lors de la seconde phase de jugement, les membres du groupe des victimes sont tous identifiés. À l'occasion de l'examen de leur demande en réparation de leur préjudice, le professionnel a la possibilité d'opposer toutes les causes d'exonération de sa responsabilité qui seraient liées aux particularités de la situation individuelle des intéressés par rapport aux cas exemplaires sur lesquels le juge s'est prononcé au cours de la première phase de jugement.

⁷⁰³H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bière, 1956, p. 447

⁷⁰⁴H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. 3, Sirey, 1991, n° 106

⁷⁰⁵N. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, Mélanges ROUBIER, T. 2, 1961, p. 175 s., n° 10.

163. La défense du professionnel est donc plus facile à construire dans la mesure, où les demandeurs constituent une masse homogène ayant subi des préjudices issus d'une même faute. Le principe du contradictoire peut alors être respecté.

164. D'un point de vue strictement constitutionnel, il n'existe donc aucun obstacle majeur à l'introduction d'une action de groupe de type « opt-in » en France. La seule condition à respecter est que chacune des victimes intégrées à l'action, garde la possibilité de s'en exclure afin de respecter sa liberté personnelle d'agir. La Constitution peut alors difficilement être invoquée comme un obstacle direct à l'introduction de l'action de groupe. Bien au contraire, elle est une garantie de son bon déroulement, de sa pérennité et de la sécurité des litiges. Elle permet d'éviter entre autre, les éventuelles craintes d'une dérive à l'américaine comme le développement de la procédure de « *discovery* » et de son corolaire, les « *punitives damages* ».

b) La craintes de l'introduction des « *punitives damages* »

165. Le succès des « *class actions* » outre Atlantique s'explique également par la finalité répressive et préventive de la responsabilité civile. Cette prévention est réalisée par la mise en œuvre des « *punitives damages* »⁷⁰⁶ que l'on peut littéralement traduire par dommages et intérêts punitifs, qui conduisent à sanctionner un comportement particulièrement répréhensible.

166. Ce mécanisme est inconnu du droit français où en principe, seul la réparation intégrale du dommage est envisageable. Or si les dommages et intérêts punitifs venaient à être introduits en droit français, ils permettraient au juge de prononcer un montant de dommages et intérêts supérieur à celui nécessaire à l'indemnisation des préjudices effectivement subis par les victimes. Ils auraient pour effet de sanctionner le responsable du dommage notamment lorsque le préjudice subi par un grand nombre de victimes est si faible que celles-ci n'entendent pas en demander réparation.

167. On pourrait donc craindre l'apparition d'une responsabilité punitive ou de l'instauration d'une sorte de peine privée. Dès lors, la « pénalisation du procès civil » pourrait engendrer d'importantes conséquences financières et risquerait de modifier les principes directeurs du procès civil en faisant apparaître des procureurs privés qui requerraient des peines au nom d'un groupe non identifié. On pourrait également craindre une réforme du droit de la responsabilité civile, dont le fondement principal est celui de la réparation intégrale du préjudice⁷⁰⁷. En effet, le système des « *punitives damages* » modifierait fondamentalement le système indemnitaire et répressif français car outre le fait que notre système est bâti sur le principe de la réparation intégrale, la dimension répressive du procès civil entrerait en contradiction avec l'essence même de la sanction pénale pécuniaire. En droit français en effet, les amendes bénéficient à la collectivité et non directement aux victimes. Ce serait alors confondre le rôle indemnitaire des dommages et intérêts au civil et le rôle punitif des amendes pénales.

⁷⁰⁶B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, Thèse, 1947 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Thèse, 1995

⁷⁰⁷Pour une argumentation contraire, C. GARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Thèse, 2005

168. Pour autant, l'introduction des dommages et intérêts punitifs pourrait être de nature à dépenaliser le droit de la responsabilité. En effet, le penchant pour les victimes de se diriger vers la voie pénale résulte le plus souvent de l'insuffisance de l'efficacité de la voie civile notamment dans les cas de préjudices collectifs. Ce phénomène fut notamment observé dans les cas de contaminations médicamenteuses comme dans le récent procès de l'hormone de croissance par exemple.

169. Les victimes de préjudices collectifs préfèrent dès lors saisir la juridiction pénale pour réclamer ce qu'elles n'obtiendraient peut être moins facilement au civil. D'une part les parties peuvent bénéficier d'un système de preuve qui leur est plus favorable puisqu'il appartient au juge d'instruction de recueillir les éléments indispensables à la recherche de la vérité. Elles n'ont pas à rapporter d'autres preuves que celle d'un fait constitutif d'une infraction et celle d'un préjudice. D'autre part, lors d'un procès pénal, les frais d'expertise sont pris en charge par le ministère public. Aucun frais n'est supporté par la victime. On comprend alors fort bien que celle-ci ait plus de facilité à se diriger vers le juge pénal plutôt que vers le juge civil.

170. La possibilité de voir apparaître les dommages et intérêts punitifs n'est donc pas à craindre. L'imprégnation du procès pénal est très forte pour les citoyens français, au détriment du procès civil, son aspect moralisateur et « sanctionnateur » y étant pour beaucoup. Pourtant, dans le cadre des préjudices de masse, le procès civil ne serait pas moins adapté que le pénal. Dès lors, les dommages et intérêts punitifs pourraient être une alternative à la peine pénale dans le procès civil⁷⁰⁸.

171. Sans obstacles constitutionnels majeurs ni entorses aux fondamentaux du procès civil français, il est donc possible d'envisager le recours aux « *class actions* » pour tous les litiges, et notamment ceux concernant le domaine de la responsabilité médicale.

III. La possibilité d'une « *class action* » en France appliquée au droit de la responsabilité médicale

172. Introduire une action de groupe dans la législation française supposerait à l'évidence quelques remaniements procéduraux. Ainsi, l'introduction du système de l'« *opt out* » serait plus complexe à mettre en œuvre en droit français que celui de l'« *opt in* ».

173. Comme le soulignait Monsieur le Professeur Louis Boré, lors d'un colloque en 2001⁷⁰⁹, l'adage « nul ne plaide par procureur » serait facilement contournable par l'indication du nom des représentés dans la mesure où ils sont identifiés. Ce qui est plus facile dans le système de l'« *opt in* » puisqu'il doivent préciser leur volonté de participer à l'action.

⁷⁰⁸ D. MAINGUY, « L'introduction en droit français des class actions », LPA n° 254 p. 6, 22 déc. 2005

⁷⁰⁹ L. BORE, « Pour mieux réparer les préjudices collectifs: une class action à la française? », Gaz. Pal. 29 sept. 2001, p 5 et s. Table ronde organisée par Droit et Démocratie

174. De même Madame le Professeur FRISON-ROCHE relève que « (...) si l'on a pu douter de la compatibilité entre relativité de la chose jugée et class action, c'est parce que l'on confond souvent autorité de la chose jugée et pouvoir de contrainte du jugement. Le jugement obtenu par la class action contraint le défendeur à l'égard de toutes les personnes de la classe, mais ne supprime pas le droit individuel d'action, ce qui est le seul objet de la chose jugée »⁷¹⁰. C'est encore plus vrai dans le système de l' « opt in » car la victime déclare vouloir participer individuellement à l'action.

175. Dès lors, en l'absence d'obstacles processuels dirimants, une « *class action* » à la française, est possible et sans doute même souhaitable. En réalité, la seule problématique est de déterminer si le mécanisme doit s'appliquer à toutes les hypothèses de responsabilité et particulièrement à la responsabilité médicale.

176. Rien ne justifie de ne pas faire de la « *class action* » à la française un principe général et de le limiter aux seuls dommages de consommation⁷¹¹. Quoi qu'il en soit, l'acte médical est aujourd'hui considéré comme un véritable acte de consommation. Pour Monsieur le Professeur Jean Calais-Auloy⁷¹², un consommateur est « *une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel* ». Or, lorsqu'un patient se rend chez son médecin parce qu'il en a la nécessité, il profite bien d'une prestation de service pour un usage non professionnel. A cet égard il est donc considéré comme un consommateur de services médicaux. Le patient est non seulement considéré comme un client⁷¹³ mais celui-ci perçoit également l'acte de soins comme une véritable prestation de service⁷¹⁴.

⁷¹⁰M. A. FRISON -ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action: obstacles et incompatibilités », *Les class actions devant le juge français: rêve ou cauchemar*, LPA, 10 juin 2005, n°115

⁷¹¹Le projet de class action du groupe de travail présidé par messieurs G. CERUTTI et M. GUILLAUME remis le 16 déc. 2005 avait prôné une action de groupe limitée au droit de la consommation, Le récent rapport d'information du Sénat n°499 fait au nom de la Commission des Lois sur l'action de groupe par messieurs L. BTEILLE et R. YUNG, sénateurs, enregistré le 26 mai 2010, a cependant préféré un champ d'application large dans les domaines pour lesquels l'action de groupe est économiquement et financièrement justifiée (p. 49 à 52). Toutefois les deux propositions de loi, qui ont été déposées au Sénat le 22 déc. 2010 par messieurs. L. BTEILLE et R. YUNG, tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire, n'ont retenu que le droit de la consommation et le droit de la concurrence. S. GUINCHARD, « Une class action à la française », *Rec. Dalloz*, 2005 n°32, Doctrine, p. 2180 : « rien ne semble devoir imposer de limiter les actions groupes au seul droit de la consommation »

⁷¹²J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7e éd., p. 7.

⁷¹³La Cour de cassation a énoncé que « si la cession de clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ». Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2000, JCP E 2001. 419, note G. LOISEAU ; JCP G 2001.2. 10452, note F. VIALLA ; contrats, conc., consom. 2001, comm. n°18, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 2001. 37338, p. 431, note R. LIBCHABER ; RTD civ. 2001. 130, n 2, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁷¹⁴CE, 23 fév. 1949, FAVERET, Rec. p. 88

177. L'acte médical n'est plus considéré comme un acte à visée exclusivement thérapeutique, non seulement d'un point vu légal⁷¹⁵, mais également jurisprudentiel⁷¹⁶. A cet égard, les juges ont pu considérer que les personnes avec lesquelles un médecin conclut un contrat médical doivent être considérées comme des consommateurs et qu'en cas d'infraction commise dans l'accomplissement de ce contrat, une association de consommateurs peut exercer l'action civile pour demander réparation du préjudice, même indirect, causé à l'intérêt collectif des consommateurs⁷¹⁷.

178. Par ailleurs, il convient de rappeler que la « *class action* » est déterminée par l'existence d'un préjudice de masse. Or, il est tout à fait possible d'appréhender ce dernier sous l'angle « de préjudices individuels multiples nés d'un même fait et concernant des victimes connues ou indéterminées, mais déterminables »⁷¹⁸. A cet égard, le droit de la santé est parfaitement concerné par l'existence d'une éventuelle action de masse.

179. Dès lors, à l'instar de nombreux systèmes juridiques étrangers tels que les Etats-Unis, le Canada, la Suède et le Portugal, il devrait être envisagé un champs d'application large des actions de groupes couvrant l'ensemble du droit de la responsabilité ou plus précisément tous les domaines où un même fait, un même comportement ou une même pratique peut porter préjudice à une multitudes d'intérêts individuels. Dès lors, comme le relève Monsieur Olivier DEBOUZY en ses qualités d'avocat, « (...), *les dommages corporels, environnementaux et plus généralement tous les dommages couverts par les articles 1382, 1384 et 1386-1 et suivants du Code civil risquent d'être passibles de « class actions »*⁷¹⁹. Dans ces conditions, le droit de la responsabilité médicale pourrait tout à fait être concerné par une action de groupe.

180. Pour déterminer l'intérêt de la class action dans le domaine de la responsabilité médicale, il convient de s'interroger sur l'application des trois critères de mise en œuvre de la procédure⁷²⁰. Ces trois critères sont :

- un requérant faisant parti d'un groupe
- un préjudice d'origine commune (et non commun)
- un même défendeur

⁷¹⁵La loi CMU du 27 juillet 1999 a modifié l'article 16-3 du Code civil qui dispose dorénavant qu' « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Le terme médical a été substitué au terme thérapeutique laissant ainsi une grande liberté dans l'appréciation du caractère médical d'un acte de soins.

⁷¹⁶Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1999, JCP G 1999. 2. 10138, rapp. P. SARGOS ; Resp. civ. et assur. 1999, chron. n°20.

⁷¹⁷Cass. crim. 15 mai 1984, Bull. crim. N°178 ; D. 1985. IR. 401, note J. PENNEAU ; D. 1986. 106, note G. MEMETEAU.

⁷¹⁸S. GUINCHARD, « Une class action à la française », D. 2005. 2180

⁷¹⁹O. DEBOUZY: « Class action, tout faux! », *La Lettre des juristes d'affaires*, 31 janv. 2006

⁷²⁰Sur la justification de cette définition, A. GUEGAN –LECUYER, « Dommages de masse et responsabilité civile », LGDJ, Thèse, 2004 ; R.T.D. Civ. 2005, p. 211, chron. Ph. BRUN

181. Concernant le premier critère, la question qui se pose n'est pas tant celle du représentant que de l'existence du groupe. La relation entre un médecin et un patient est avant tout une relation bilatérale « *intuitu personae* » ce qui va en principe contre l'existence d'un groupe de victime. Le fait générateur intervient toujours d'une négligence, d'une incompétence ou d'une erreur qui a nécessairement un caractère moins systématique. Le droit de la responsabilité médicale se différencie ainsi du droit de la consommation car la diffusion d'un produit vers les consommateurs a par définition un impact de masse bien supérieur.

182. Néanmoins, en droit médical, il existe une catégorie de risques sériels⁷²¹ susceptibles de causer à partir d'un même acte dommageable et provenant d'un même requérant, une multitude de préjudices. Les exemples sont nombreux en la matière. Il peut s'agir de dommages causés à la suite de poses en série de prothèses par un chirurgien (en matière de chirurgie esthétique par exemple).

183. A cet égard, on ne peut que rappeler le récent scandale sanitaire concernant les prothèses mammaires défectueuses PIP (Poly Implant Prothèse). Dans cette affaire, l'ANSM avait incriminé les prothèses pour deux raisons : l'existence d'un taux anormal de ruptures et la présence d'un gel « différent de celui déclaré lors de la mise sur le marché »⁷²². L'autorité de santé s'est donc prononcée pour le retrait du marché de ces produits, d'autant qu'on avait soupçonné un lien entre la défectuosité de ces derniers et des cas déclarés de cancer du sein.

184. Il peut également s'agir de l'utilisation de matériels défectueux comme pour les irradiés de l'hôpital d'Epinal⁷²³, de scandale d'envergure comme l'affaire du sang contaminé ou de l'hormone de croissance, ou encore de préjudices liés à l'absorption de produit de santé. Concernant ce dernier point, on peut citer l'affaire du Distilbène, médicament prescrit en France entre le début des années 1940 et la fin des années 1970, pour lutter contre les fausses couches mais qui provoqua malformations génitales et cancers. Malgré les milliers de victimes, seules quelques dizaines d'affaires eurent lieu, alors que le préjudice, même pris individuellement, pouvait être considérable.

⁷²¹ Ibid.

⁷²² <http://www.leparisien.fr/societe/affaire-des-implants-pip-defectueux-les-principales-etapes-30-12-2011-1789702.php>, site consulté le 24/01/12

⁷²³ Sur ce point par exemple : les irradiés de l'Epinal, Le Monde, 26 juin, 7 sept. et 9 sept. 2007 ; http://www.lexpress.fr/actualite/societe/le-mal-des-patients-irradiés-d-epinal_468481.html, site consulté le 29/01/2012. De 1989 à 2005, 4500 malades traités à l'hôpital d'Epinal par radiothérapie ont été exposés à des doses anormales. En Février 2008, deux médecins mis en cause étaient frappés d'une interdiction temporaire d'exercer par la chambre disciplinaire du conseil régional de l'ordre des médecins de Lorraine, sur plainte du ministère de la Santé. Ils se sont vus reprocher, non les erreurs de manipulation des appareils de radiothérapie à l'origine de nombreux cas de sur-irradiation et de plusieurs décès à l'hôpital d'Epinal, mais le fait de n'en avoir informé ni le ministère ni les patients dans les délais requis.

185. La responsabilité du médecin peut aussi être engagée pour la prescription de médicament n'ayant pas fait l'objet d'autorisation de mise sur le marché (A.M.M). Cette possibilité a récemment été confirmée par la loi n° 2011-212 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé. On devrait considérer les prescriptions hors A.M.M comme relevant normalement de l'expérimentation⁷²⁴, pourtant, la pratique est loin d'être exceptionnelle car près de 20% des prescriptions seraient effectuées hors A.M.M.⁷²⁵ Le médecin a la possibilité de prescrire des médicaments hors AMM, cependant conformément au principe de la liberté thérapeutique et de l'indépendance professionnelle, le médecin doit toujours tenir compte des particularités du malade. Il a donc la possibilité s'écarter de ces guides, dans l'intérêt des patients, sans pour autant commettre de faute civile. Le non-respect d'une de ces recommandations ne constitue pas toujours une faute du médecin ou inversement, ne le met pas toujours à l'abri d'une action en responsabilité pour faute⁷²⁶. En effet, le médecin n'est jamais dispensé de son obligation générale de prudence et de diligence.

186. L'aspirine par exemple a été longtemps été prescrite pour de nombreuses maladies cardiovasculaires alors qu'elle n'était autorisée que pour les traitements d'antalgie⁷²⁷. D'autres médicaments disposant d'une AMM, peuvent être prescrits dans un but médical qui n'est pas celui de son autorisation. En effet, certains médecins n'hésitent pas à détourner des médicaments de leur thérapeutique d'origine. C'est le cas de la prescription de l'Epitomax ou du Médiator⁷²⁸, respectivement anti épileptique et anti diabétique, qui ont pu être prescrits à des patients dans le cadre de régimes maigrissant. La faute qui peut mener à un préjudice est ici évidente.

187. Le Médiator était soupçonné d'être à l'origine de valvulopathies et d'hypertensions artérielles pulmonaires. Il avait pourtant obtenu une AMM pour deux indications thérapeutiques, le diabète et les hypertriglycéridémies, mais était régulièrement prescrit hors AMM comme anorexigènes (coupe-faim). Dorénavant, aux termes de l'article L. 5121-12-1 du code de la santé publique, « *une spécialité pharmaceutique peut faire l'objet d'une prescription non conforme à son autorisation de mise sur le marché en l'absence d'alternative médicamenteuse appropriée disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou d'une autorisation temporaire d'utilisation, sous réserve que l'indication ou les conditions d'utilisation considérées aient fait l'objet d'une recommandation temporaire d'utilisation établie par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, cette recommandation ne pouvant excéder trois ans ou que le prescripteur juge indispensable, au regard des données acquises de la science, le recours à cette spécialité pour améliorer ou stabiliser l'état clinique du patient* ».

⁷²⁴J.M. AUBY « Recherches biomédicales sur l'homme », *Droit médical et hospitalier*, Litec, fasc. 34-1, éd. avril 1999.

⁷²⁵A THIRIET « Prescriptions hors A.M.M, Petits arrangements avec la loi », *Le moniteur des pharmacies*, 26 févr. 2000, p. 20.

⁷²⁶Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2011, n° 10-17.357 ; D. 2011. 376, obs. I. GALLMEISTER ; RTD civ. 2011. 354, obs. P. JOURDAIN

⁷²⁷A THIRIET « Prescriptions hors A.M.M, Petits arrangements avec la loi », *Le moniteur des pharmacies*, 26 févr. 2000, p. 20.

⁷²⁸<http://www.francesoir.fr/actualite/sante/sante-encore-un-medicament-detourne-pour-maigrir-128938.html>

188. La loi réaffirme le principe selon lequel la prescription hors AMM n'est pas en soi constitutive d'une faute en vertu de la liberté de prescription, résultant de l'article 8 du code de déontologie médicale⁷²⁹, mais peut le devenir si elle n'est pas conforme aux données acquises de la science ou « aux connaissances médicales avérées » et si elle fait courir au patient des « risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté », conformément à l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, issu de la loi du n° 2002-2001 du 4 mars 2002. Il en va de même si elle ne s'accompagne pas d'une information exhaustive sur les risques fréquents ou graves de l'utilisation préconisée, conformément au devoir général d'information qui pèse sur le professionnel de santé. La loi élargit néanmoins l'information à tous les risques attachés à la prescription hors AMM, au-delà des risques fréquents ou graves⁷³⁰.

189. Dans ces différentes situations, au-delà d'une possible mise en cause de la responsabilité du producteur, il est tout à fait possible de mettre en œuvre celle du médecin. Dans le cas des prothèses PIP par exemple, les chirurgiens peuvent voir leur responsabilité engagée s'ils n'ont pas satisfait à leur obligation de résultat concernant le matériel qu'ils utilisent⁷³¹, et ce d'autant plus si le matériel en question présente un risque qui lui est inhérent. Dans la notice par exemple, certains renseignements auraient pu éveiller les soupçons du médecin sur une composition inhabituelle voire anormale de la prothèse.

190. Dans le cas des prothèses PIP, des irradiés d'Epinal, du médiateur, du Distilbène et de bien d'autres scandales sanitaires, des milliers de personnes sont concernées. Elles ont toutes été victimes d'un même acte préjudiciable, qui leur a causé un préjudice plus ou moins important selon les cas. La constitution d'un groupe de victime pourrait donc être possible en principe. Ces situations seraient tout à fait réceptives à la procédure d'action de classe d'autant plus que les règles de preuves en la matière sont relativement favorables à la victime.

191. Le deuxième critère pose la question du fait générateur d'origine commune. Ce dernier intervient toujours en raison d'une négligence, d'une incompétence ou d'une erreur qui est en principe moins systématique que le deux premières. Seule une action de classe fondée sur une faute particulière et identifiée commise de façon répétée est envisageable. Or dans les exemples énoncés ci-dessus, il est bien question d'un même fait préjudiciable, répété à plusieurs reprises sur des personnes différentes.

⁷²⁹C. santé publ. art. R. 4127-8

⁷³⁰C. santé publ. art L. 5121-12-1 2I

⁷³¹Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, Bull. civ. I. 300 ; D. 2000. 117, note P. JOURDAIN. Le contrat passé entre le médecin et son patient met à la charge de ce dernier sans préjudice de recours en garantie, une obligation de sécurité résultant en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins. L'obligation de résultat pourrait, comme le suggère le Conseiller SARGOS s'étendre à tous les types de prothèses qu'un chirurgien ou un médecin est appelé à délivrer de même qu'à tous les produits ou instruments fournis par le médecin à l'occasion des soins.

192. Concernant le troisième critère, un même défendeur ne doit pas s'entendre pas au sens d'unicité à proprement parler (défendeur unique), il peut s'agir de plusieurs personnes qui sont à l'origine ou ont participé au même fait dommageable. C'est le cas des prothèses PIP par exemple. Le fait préjudiciable n'a pas été causé par un seul médecin. Plusieurs médecins ont posé la même prothèse défectueuse qui a conduit à un dommage collectif commun.

193. Les « *class actions* » sont traditionnellement associées, de part et d'autre de la Manche, au constat d'actions infondées, moyens de chantage, d'extorsion d'avantages indus, d'enrichissement de cabinets d'avocats spécialisés mais peu scrupuleux. Cependant, les travers des class actions sont d'abord imputables au système judiciaire américain, très différent du notre système.

194. Aux Etats-Unis, la « *class action* » peut être engagée par un seul membre de la classe, qui peut être une personne individuelle ayant un intérêt très relatif. En France, la représentation action ne peut l'être que par un organe préexistant ou spécialement constitué et approuvé par le juge. Il peut s'agir d'une association de malade par exemple. Ensuite, l'octroi de dommages et intérêt punitifs démesurés n'existe qu'aux Etats-Unis.

195. En France, s'ils venaient à être introduits, ils seraient scrupuleusement encadrés. Par ailleurs, en cas de perte du procès, les frais de justice de l'adversaire ne sont pas dus aux Etats-Unis alors qu'ils le sont en France. De même, le juge est l'organe décisionnel et non le jury comme c'est le cas Outre Atlantique. Enfin, aucun obstacle constitutionnel n'est susceptible d'entraver la possibilité de mettre en place une telle action en droit français. Le principe du contradictoire et du respect des droits de la défense, l'adage nul ne plaide par procureur et le principe du respect de l'autorité de la chose jugée sont respectés dans procédure de « *l'opt-in* ». Les règles procédurales françaises ne s'opposent donc pas à l'introduction d'un tel mécanisme dans notre droit.

196. Dans le contentieux de la responsabilité médicale, tous les éléments sont réunis pour son bon fonctionnement : la présence d'un groupe de victime représenté, le fait générateur commun et la possibilité de mettre en cause un même défendeur.

197. L'action de classe dans le domaine de la santé pourrait donc être introduite en France en raison de ses nombreux intérêts :

Le premier est qu'elle pourrait faire face à l'insuffisance et à l'inefficacité des actions de masse qui existent en droit français en la matière.

Elle faciliterait par ailleurs l'accès à la justice des justiciables dont le préjudice ne leur permet pas forcément d'engager une procédure. En effet, l'accès au juge doit être appréhendé de manière pragmatique pour la réparation des préjudices de masse, lesquels peuvent avoir la particularité d'être relativement faibles pour chaque individu par rapport aux profits globaux engendrés. Le désintérêt des victimes à engager une action personnelle, s'explique par la disproportion entre l'investissement requis, en temps et coût, et la compensation escomptée. La « *class action* » pourrait remédier à ce déséquilibre.

198. Comme aux Etats-Unis, « *la class action* » pourrait avoir un effet préventif. Aujourd'hui en effet, certaines personnes n'hésitent pas à spéculer sur le fait que la réparation du préjudice ne sera pas demandée et, quand bien même il y aurait une action publique, sur le fait que le montant de l'amende n'atteindra jamais la réalité du profit illicite.

199. Par ailleurs, l'action de classe pourrait contribuer à désengorger les tribunaux. Le rôle du juge serait particulièrement important. Il lui reviendrait la responsabilité de vérifier la recevabilité de l'action. Il devrait se voir conférer plusieurs types de contrôle : un filtre préalable pour apprécier la représentativité de l'organe agissant et son mode d'action. Ceci suppose de bien cerner le groupe de consommateurs et/ou d'entreprises concernés et les similitudes des problèmes soulevés. Il pourrait également contribuer à la formation d'un groupe en réunissant toutes les actions qui présentent une similitude en droit et en fait. En Angleterre, un règlement de procédure civile, en date de 2000, a créé « *a Group Litigation Order* », qui permet au juge de regrouper des actions similaires en droit ou en fait et, du début à la fin de la procédure, et de gérer le groupe de personnes nommées.

200. Enfin, à l'instar des Etats-Unis, la « *class action* » pourrait faciliter la résolution à l'amiable des litiges et favoriser la transaction. Les montants en cause seraient tellement importants pour le défendeur, qu'il serait plus enclin à transiger avec les victimes. La France est d'ailleurs de plus en plus favorable aux modes alternatifs de règlements des conflits.

SECTION II. LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENTS DES CONFLITS (MARC)

201. Plusieurs facteurs sont à l'origine de l'augmentation du nombre de procès en matière de responsabilité médicale. Les progrès de la recherche, l'apparition de nouvelles techniques, l'évolution des connaissances des patients tout comme la médiatisation des procédures contentieuses. Afin de s'adapter à cette judiciarisation croissante de notre société, les systèmes juridiques occidentaux, ont été amenés à développer des procédures précontentieuses dans le but d'éviter la saisine systématique des juridictions et ainsi leur engorgement. Les parties ont conscience des risques que représente un affrontement au prétoire. Une procédure judiciaire est souvent violente, longue et coûteuse et il existe une part d'aléa très importante car aucun dossier n'est gagné d'avance. Ainsi, une victime qui pensait obtenir du juge la condamnation de la partie adverse au paiement de dommages et intérêts peut non seulement se voir débouter de sa demande mais aussi se voir elle-même condamner. Le recours aux modes alternatifs de règlements des conflits présente donc un avantage non négligeable dans l'issue des litiges.

202. Ces procédures sont employées aux Etats-Unis depuis plus de 100 ans⁷³². Le droit américain privilégie en effet fortement le recours à l' « *alternative dispute resolution* », mécanisme consensuel qui a pour objectif la résolution des différends. La loi fédérale *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*, limite toutefois les modes alternatifs aux méthodes qui impliquent une tierce partie neutre choisie pour aider à résoudre les points en conflit. L'arbitrage en fait partie⁷³³.

203. En France, l'expression est apparue au milieu des années 1990 comme un équivalent français à la notion américaine d'*Alternative Dispute Resolution (ADR)*⁷³⁴. Ils désignent l'ensemble des procédés conduisant à une solution amiable des conflits, par opposition aux modes juridictionnels, traditionnellement conçus comme des modes autoritaires, le juge « tranche » le litige, ainsi que l'édicte l'article 12 du Code de procédure civile. Selon une conception assez libérale, les MARC recouvrent une multitude de formes telles l'arbitrage, la médiation et la conciliation, l'autorégulation des professions ou encore l'intervention d'autorités administratives comme les autorités de régulation du marché. On peut également parler de MARC lorsque les parties à un contrat souhaitent prévenir ou anticiper les litiges éventuels grâce à des clauses appropriées d'adaptation du contrat ou de solution des différends, au travers d'une clause compromissoire par exemple.

204. Les MARC français ne sont ni une transposition, ni une imitation des *Alternative Dispute Resolution* américains. Il ne s'agit pas d'une institution qui serait importée des Etats-Unis d'Amérique contrairement aux idées reçues. Les Etats-Unis d'Amérique n'ont d'ailleurs pas principalement été créés à partir de l'Europe ? Le droit de la résolution des conflits, droit d'imprégnation contractuelle, fait de composition, d'arbitrage, de transaction, prend naissance aux débuts de la monarchie capétienne⁷³⁵. Cependant, la justice prend peu à peu le pas aux XIIIème et XIVème siècles, à la suite des trois longs règnes de Philippe-Auguste, Saint Louis et Philippe le Bel. La justice participe en effet à l'essor de la monarchie capétienne et de la consolidation du pouvoir royal. Elle représente un instrument de conquête de l'Etat monarchique contre les pouvoirs féodaux de la noblesse et de l'Eglise.

⁷³²Etats-Unis, David B. LIPSKY and Ronald L. SEBBER, *The appropriate resolution of Corporate Disputes, A report on the growing Use of ADR By US Corporation*, Cornell PERC Institute on conflict Resolution, Private House Cooper LLP, 1998

⁷³³Etats-Unis, Public Law, 105-315, 28 US Code, Chapter 44 § 651-658

⁷³⁴L. CADIET, « Compte rendu de l'ouvrage de C. SAMSON et J. McBRIDE, *Solutions de rechange au règlement des conflits - Alternative Dispute Resolution* », SAINTE-FOYE, Les Presses de l'université Laval, Québec, 1993, *Revue internationale de droit comparé* 1994, n° 4, pp. 1213-1217.

⁷³⁵S. DAUCHY, « La médiation : bref survol historique », C.H. van RHEE, D. HEIRBAUTE et M. STORME, *Le bicentenaire du Code de procédure civile*, Kluwer, 2008, pp. 77-88 ; C. JALLAMION, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz. Pal.*, s2009. 3

205. Les modes amiables de règlement des conflits reviennent par la suite sur le devant de la scène à la fin du XVIII^{ème} siècle, avec la Révolution française, essentiellement pour des raisons idéologiques. La justice officielle incarnait trop l'Ancien régime tandis que l'arbitrage, la conciliation, la transaction apparaissent au contraire comme les instruments d'une justice simple, directe, en accord avec les idéaux de la nouvelle citoyenneté républicaine, inspirée par la doctrine du contrat social de Rousseau. Aujourd'hui les pouvoirs publics sont décidés à encourager le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits, conscients de leur intérêt, tout en les encadrant afin d'éviter que la souplesse de ces procédures ne nuise aux justiciables⁷³⁶.

206. Dans le domaine de la santé particulièrement, cette volonté politique s'est concrétisée par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Tant la volonté de contribuer au désengorgement des tribunaux, d'accélérer la résolution du litige face à l'enlisement trop fréquent des procédures contentieuses que le souhait d'éviter la déstabilisation de la relation médecin/patient, ont contribué à l'élaboration de la loi. Un de ses principaux objectifs fut d'institutionnaliser le règlement amiable des conflits médicaux en mettant en place une procédure de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux au travers des dispositions de l'article L. 1142-5 du Code de la santé publique. Cette procédure est applicable quelque soit la nature du conflit, judiciaire ou administratif. Ainsi grâce ce texte, il existe en droit français une possibilité de règlement amiable pour la résolution d'un litige de nature médicale. Cette procédure n'est cependant pas la seule, les procédures de règlements amiables de droit commun peuvent elles aussi s'appliquer aux litiges d'ordre médicaux (§1). Aux Etats-Unis, le règlement amiable des litiges s'inscrit dans une véritable tradition juridique (§2).

⁷³⁶Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

§1.L'état actuel du droit français des modes alternatifs de règlements des conflits en matière médicale.

207. La loi du 4 mars 2002 est le mode privilégié des règlements amiables des conflits (I). Pour autant, la résolution des litiges pourrait être envisagée au travers du droit commun des règlements extrajudiciaires des conflits (II).

I. La conciliation devant les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation

208. Bien avant la loi du 4 mars 2002, de nombreux précédents avaient ouverts la voie du recours aux règlements amiables des conflits médicaux. En 1981, le pouvoir réglementaire avait ainsi envisagé la création par décret de « conciliateurs médicaux » dans certains établissements de santé. Le décret fut cependant annulé par un arrêt du Conseil d'Etat du 31 mai 1989 sur le fondement de la violation du secret médical⁷³⁷. Le décret prévoyait en effet la saisine du conciliateur « *sans forme (...) par toute personne physique ou morale* » et que celui-ci pouvait « *demande la production de tous les documents sous réserve de l'assentiment de leur propriétaire et de leur légitime détenteur* ». Les pouvoirs sans limite du conciliateur allaient à l'encontre des principes fondamentaux reconnus aux patients. Le respect du secret professionnel et du consentement du patient s'en trouvait atteint. La circulaire du 6 mai 1995⁷³⁸ instaurant la charte du patient hospitalisé, incite également dans son article 10, les directeurs d'établissement à mettre en place une fonction de médiation entre les établissements et les patients. Les ordonnances du 24 avril 1996⁷³⁹ ont elles aussi créé des commissions de conciliation chargées au sein des établissements de santé, d'assister et d'orienter toute personne qui s'estime victime d'un préjudice du fait de l'activité de l'établissement et de l'informer sur les voies de conciliation et de recours gracieux ou juridictionnel dont elle dispose⁷⁴⁰. Ces commissions n'ont cependant trouvé de véritable efficacité que lorsqu'elles ont été transformées en Commissions régionales de conciliation par la loi du 4 mars 2002. C'est donc par la création et le recours à ces commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCIAM) que le législateur entend promouvoir entre patients et professionnels de santé, les démarches extrajudiciaires de solutions de leurs litiges.

⁷³⁷CE 31 mai 1989, Roujansky, J.C.P. 1989.2. 21371 ; Rev. droit sanit. et soc., 1990. 55 obs. L. DUBOUIS

⁷³⁸Circulaire DGS/DH n° 95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés et comportant une charte du patient hospitalisé

⁷³⁹Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée

⁷⁴⁰C. santé publ. art. L. 710-12-2

209. L'article L. 1112-3 du Code de la santé publique prévoit que chaque établissement de santé dispose d'une commission « des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge ». Cette commission qui veille à l'amélioration de la qualité de l'accueil et au respect du droit des usagers doit faciliter leurs démarches des patients et veiller à ce qu'ils puissent exprimer leurs griefs auprès des responsables de l'établissement. Elle entend le cas échéant les explications de ceux-ci et les informe des suites de leurs demandes. La commission exerce donc un véritable rôle préventif des litiges éventuels dans le cadre d'un établissement de santé. Afin d'honorer leur rôle de conciliateur, les commissions peuvent très bien faire appel à des médiateurs indépendants.

210. Outre la création de cette commission, la loi du 4 mars 2002 a également institué une procédure d'indemnisation qui permet de faciliter la réparation des préjudices des victimes d'un acte médical. Ainsi, l'office national d'indemnisation des accidents médicaux, institué par l'article L.1142-7 et R. 795-1 du Code de la santé publique, est chargé de couvrir les accidents non fautif au titre de la solidarité nationale et de s'occuper des procédures administratives avec les assureurs pour les accidents fautifs. La procédure est identique que le dommage intervienne dans un établissement de soins public, une clinique privée ou un cabinet libéral. Elle s'applique aux accidents médicaux, affections iatrogènes ou infections nosocomiales intervenus à la suite d'un acte de diagnostic de prévention ou de soins réalisé au plus tôt six mois avant la publication de la loi du 4 mars 2002, soit après le 5 septembre 2001. Il convient cependant de préciser que cette procédure de règlement amiable n'a vocation à s'appliquer qu'aux accidents les plus graves. Un seuil de gravité du préjudice a en effet été institué afin de limiter le nombre de recours susceptible d'être portés devant la commission⁷⁴¹.

211. La saisine de la CRCIAM n'interdit pas à une victime d'engager concomitamment une action en justice devant le tribunal compétent. Si les parties arrivent à se concilier alors qu'elles ont engagé une action en justice, elles pourront se désister de l'instance introduite. Pour inciter les patients à recourir à la procédure de règlement amiable mis en place, la saisine de la commission suspend les délais de prescription et de recours contentieux, de sorte que le patient peut saisir en premier lieu la commission sans préjudice d'engager ultérieurement une action contentieuse.

⁷⁴¹Décret du 4 avril 2003 n° 2002-314, art. 1^{er}, le pourcentage mentionné au deuxième alinéa du 2 de l'article 1142-1 du Code de la santé publique est fixé à 24%. Un accident médical présente également le caractère de gravité lorsque la durée de l'incapacité temporaire de travail est au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de 12 mois

212. Les avantages de cette procédure sont nombreux. Elle permet une avancée plus rapide de la résolution du différend mais aussi le rétablissement de l'équilibre existant dans la relation médecin-patient. En effet, les patients sont aujourd'hui de plus en plus informés de leurs droits mais aussi des nouvelles avancées scientifiques dans le domaine médical. Parfois, certains ont même tendance à anticiper le diagnostic des médecins. A ceci s'ajoute la médiatisation des procès en responsabilité médicale. Tous ces éléments ont pour effet de désacraliser le rôle du médecin et à favoriser une judiciarisation de l'activité médicale. Or, l'instauration de ce mode de règlement amiable des conflits a justement pour objet de faire disparaître ce type d'inconvénients puisqu'il permet la résolution des litiges en privé. Les seules parties intéressées à la procédure sont la victime et le professionnel de santé. En conséquence et en l'absence de toute la pression entourant le procès, le litige s'en trouve apaisé et la solution plus facile à trouver.

213. Pour autant, la création et l'efficacité des CRCI ont été fortement critiquées. Ainsi, l'opportunité de la mise en place de ces commissions s'est heurtée lors des débats parlementaires, aux doutes de certains députés et sénateurs qui, conscients de l'ampleur des compétences des règlements amiables, se sont interrogés sur l'opportunité d'adjoindre aux commissions cette mission supplémentaire de conciliation⁷⁴². De plus, si la conciliation peut intervenir a priori, c'est-à-dire avant l'engagement d'une procédure d'indemnisation amiable, ou a posteriori, en cas d'échec de celle-ci, force est de constater que ces missions sont largement méconnues ou incomprises par les usagers. Le recours a priori à la conciliation, faute d'être un préalable obligatoire à l'indemnisation amiable, est perçu par l'utilisateur comme un détour inutile dont il fait l'économie. La conciliation a posteriori, en cas d'échec de la procédure d'indemnisation amiable, instaurée pour dissuader d'une saisine du juge est perçue comme une « solution de rattrapage », elle est le plus souvent ignorée des assureurs qui préfèrent mener eux-mêmes la conciliation ou saisir le juge⁷⁴³.

214. Enfin si la tâche du législateur de 2002 a été conséquente en matière de règlement amiable des conflits, il ne faut pas oublier que les modes alternatifs de règlements des litiges de droit commun peuvent aussi être appliqués à la matière médicale.

⁷⁴²Fl. BLANCO, « La loi du 4 mars 2002 et les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation », Prese Univ. Aix Marseille, 2005

⁷⁴³Ibid.

II. Les procédures amiables de droit commun

215. Il existe deux catégories de procédures de règlement amiable des litiges. La première, non juridictionnelle, est la conciliation, la médiation et la transaction (1). L'autre catégorie, juridictionnelle, est l'arbitrage (2).

1. *Les modes extra-judiciaires de règlement amiable*

216. En France, la conciliation extrajudiciaire est un mode de règlement des conflits organisé par la loi. Le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 en précise le régime et fixe le statut des conciliateurs de justice. Ce texte peut être considéré comme le point de départ du renouveau des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français. Le conciliateur de justice est nommé pour une période d'un an, à l'issue de laquelle il peut être reconduit dans ses fonctions pour une période renouvelable de deux ans. Il doit avoir une expérience juridique d'au moins trois ans. Il exerce ses fonctions auprès d'un tribunal d'instance.

217. La fonction du conciliateur est « de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition »⁷⁴⁴. Il est saisi par les parties. Cette saisine n'est soumise à aucune forme. Il entend les parties qui peuvent se faire accompagner de la personne de leur choix. Il peut également entendre toutes personnes qu'il juge utiles, sous réserve de leur acceptation. Il est tenu au secret professionnel. Cette confidentialité est une des conditions du succès de la conciliation car elle est de nature à susciter la confiance des parties. La présence du conciliateur peut amener les parties à s'entendre sur l'entier litige ou sur un point de celui-ci. Il doit alors être établi un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice. Le constat est obligatoire lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit. Le juge d'instance peut donner force exécutoire à l'acte, forme d'exequatur de la conciliation extrajudiciaire, à moins qu'une partie ne s'y oppose.

218. Au-delà de la conciliation, les parties peuvent trouver un accord amiable par la voie de la médiation extrajudiciaire, procédure beaucoup plus souple. Elle est souvent utilisée dans des contentieux plus complexes.

219. Une première forme de médiation extrajudiciaire est la médiation conventionnelle. Cette forme de médiation est purement privée et se déroule sans contrainte ni forme imposée. Quel que soit le conflit, les parties peuvent s'entendre pour qu'un tiers les rapproche et leur permette de parvenir à un accord. Ce type de médiation peut être envisagé dans un contrat. Cette forme n'a que la force obligatoire que les parties voudront bien lui donner⁷⁴⁵ à moins qu'elle aboutisse à une transaction si les parties ont la libre disposition de leurs droits⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴Décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, art. 1^{er}

⁷⁴⁵C. civ. art. 1134

⁷⁴⁶C. civ. art. 2044

220. Dans ce cas, la loi offre aux parties la possibilité de renforcer l'autorité de leur accord en lui conférant force exécutoire moyennant saisine du juge sur le fondement de l'article 1441-4 du Code de procédure civile: « *Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté* ».

221. Ce type de médiation extrajudiciaire est fréquemment proposé par des centres d'arbitrage qui ont élargi leur champ d'activité à la médiation. En France, les organismes les plus connus sont le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris⁷⁴⁷ et la Chambre de commerce internationale⁷⁴⁸. Ce type de médiation se trouve également organisé dans certains secteurs d'activité soucieux d'éviter le recours aux tribunaux pour régler les conflits pouvant survenir avec leurs contractants. La médiation est alors proposée par une entreprise ou une organisation professionnelle. C'est ainsi que le Comité de Liaison de l'Assurance, qui rassemble l'ensemble des entreprises d'assurances françaises du secteur capitaliste ou du secteur mutualiste, a mis en place un dispositif de Médiateur des assurances, qui repose sur des chartes de médiation proposées aux compagnies d'assurance. La médiation extrajudiciaire peut également être illustrée avec le développement sur l'internet des procédures de médiation on line⁷⁴⁹.

222. Par ailleurs chaque établissement de santé dispose d'une Commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQ) qui est chargée de veiller au respect des droits des usagers et de faciliter leurs démarches pour tous conflits⁷⁵⁰. Elle est composée du représentant légal de l'établissement, du président, de deux représentants des usagers, d'un « médiateur médecin » qui intervient pour les litiges mettant en cause l'organisation des soins et le fonctionnement médical des services ainsi que d'un « médiateur non-médecin » pour les autres plaintes ou réclamations. Cependant, ces médiateurs ainsi nommés n'en sont pas au regard de la définition claire du médiateur qui nécessite l'intervention de tiers indépendants. Or ces médecins médiateurs ne sont en aucun cas indépendants puisqu'ils appartiennent à la structure hospitalière avec laquelle le patient est entré en conflit.

223. La CRUQ peut également intervenir dans le cadre de la conciliation organisée par les CRCI. Elle est chargée de contribuer à l'amélioration de la politique d'accueil et de prise en charge des malades et de leurs proches.

⁷⁴⁷<http://www.mediationetarbitrage.com>. En 2008, 300 différends ont été traités par le CMAP au moyen d'une médiation, pour une durée moyenne de deux mois, avec un taux de succès de 70 %.

⁷⁴⁸International chamber of commerce, <http://www.iccwbo.org/court/adr/>

⁷⁴⁹Avec, notamment, les procédures alternatives de règlement des litiges proposées par l'Association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC), <http://www.afnic.fr/doc/ref/juridique/parl/>

⁷⁵⁰Décret n° 2005-213 du 2 mars 2005 relatif à la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge

224. Toute forme de conciliation ou de médiation peut prendre fin par une transaction. En 1996, le rapport Evin sur les droits de la personne malade soulignait déjà que les chances d'une victime d'être indemnisée en cas de faute médicale sont plus importantes par la voie extrajudiciaire que par la voie contentieuse⁷⁵¹. Il recommandait à ce titre l'amélioration de la transaction de l'expertise amiable. La transaction est encadrée par l'article 2044 du Code civil qui dispose que « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou prévienne un contentieux à naître* ». Particulièrement adapté aux conflits médicaux, ce mécanisme permet, par l'instauration d'un dialogue d'éviter la naissance d'un contentieux ou d'en interrompre le cours. D'ailleurs, la transaction est souvent proposée par l'assureur du médecin à la victime pour éviter que cette dernière intente une action en justice. Ainsi, les compagnies d'assurance prennent l'initiative de transiger lorsque les circonstances de l'affaire laissent prévoir une condamnation des tribunaux et que les prétentions de la victime ne sont pas exorbitantes⁷⁵². L'utilisation de la transaction est donc un véritable moyen de règlement amiable des litiges qu'il convient d'approuver au même titre que le processus instauré par la loi du mars 2002.

2. *Les modes judiciaires de règlement amiable des conflits*

225. Au-delà de la transaction, le droit commun français permet également le recours à l'arbitrage au titre de mode alternatif au règlement des conflits. La voie de l'arbitrage peut être ouverte par l'introduction d'une clause compromissoire dans un contrat qui prévoit que les éventuels litiges seront soumis à une procédure arbitrale. La présence de ce type de clause a pour effet de rendre irrecevable toute action en justice devant les juridictions de droit commun. La clause de conciliation constitue une fin de non-recevoir, au moins de manière temporaire puisque les parties ne peuvent rien demander au juge tant qu'elles n'auront pas pris la peine de se concilier⁷⁵³.

226. Les parties peuvent par ailleurs recourir à l'arbitrage, une fois le litige né, par la conclusion d'un compromis. Après la constatation de l'existence de la clause compromissoire ou du compromis, les parties doivent convenir de la désignation d'un ou plusieurs arbitres ainsi que des missions qui leur seront confiées pour trancher le litige.

⁷⁵¹C. EVIN, *Les droits de la personne malade*, Centre Economique et Social, Avis et rapports, n° 16, juin 1996. Ce rapport inclut en annexe la Charte du patient hospitalisé.

⁷⁵²Y. LAMBERT-FAIVRE, rapport du groupe d'assurance mutuelle médicale pour 1991, *Concours Méd.*, 19 sept. 1992. 2391

⁷⁵³Cass. ch. mix, 14 fev. 2003, JCP 2003.I. 134, n°4, obs. CAUSSIN, DEDOISSY et WICKER ; JCP 2003.I. 134142, obs. G. VIRASSAMY ; *Rev. proc.* 2003, n° 93, obs. H. CROZE ; D. 2003.1386, P. ANCEL et M. COTTIN ; *RTD civ.* 2003.294, obs. METRE et FAGES ; *RTD civ.* 2003.349, obs. R. PERROT ; JCP 2003.I. 128, n° 17, obs. L. CADIET

227. La désignation des arbitres, l'étendue de leur mission et sa durée font l'objet d'un acte de mission véritable contrat conférant aux arbitres le pouvoir juridictionnel de trancher le litige. Après la signature de l'acte de mission, l'instance arbitrale peut se dérouler et à l'instar du juge, les arbitres, disposent de prérogatives identiques à celles d'un juge, notamment afin de décider toute mesure de mise en état comme une expertise. Une fois le litige en état, l'arbitre rendra une décision juridictionnelle ayant l'autorité de la chose jugée (l'acte de mission de peut prévoir que la sentence sera rendue en premier et dernier ressort ou à charge d'appel) que les parties s'engagent généralement dans l'acte de mission à exécuter de bonne foi. Si, néanmoins, il survient une difficulté d'exécution, la partie qui le souhaite peut demander l'exequatur de la sentence, c'est-à-dire, qu'il sera demandé au juge de donner force exécutoire à la sentence. Dès lors la décision aura les mêmes prérogatives qu'un jugement et pourra faire l'objet d'une exécution forcée. On constate ainsi que dans le cadre du recours à l'arbitrage, l'instance et la décision rendue est comparable aux instances et aux décisions rendues par les juridictions étatiques.

228. Les avantages principaux de l'arbitrage face aux modes classiques de résolutions juridictionnel des litiges sont la discrétion, la non publicité de l'audience et donc du litige et la rapidité avec laquelle les sentences sont rendues. Contrairement au recours aux juridictions étatiques, l'arbitrage est payant et souvent très coûteux. Les arbitres sont en général rémunérés proportionnellement au montant du litige.

229. Il convient toutefois de s'interroger sur l' « arbitrabilité » de la matière médicale. L'article 2061 du Code Civil dispose que « *sous réserve de dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». Or l'activité médicale est bien une activité professionnelle. Cependant, il existe un obstacle, propre à la matière médicale, susceptible de bloquer la mise en œuvre d'une telle clause.

230. En pratique il est difficilement envisageable que médecins et patients prennent le temps de convenir d'une clause compromissoire au cours des consultations car il faut garder à l'esprit que si le contrat médical existe juridiquement, il est rarement rédigé. L'insertion d'une clause compromissoire paraît donc difficile à réaliser. Pourtant, dans les faits, il suffirait au médecin d'insérer au document attestant qu'il a bien rempli son obligation d'information, un paragraphe disposant qu'en cas de litige, les parties devront avoir recours à l'arbitrage.

231. Il ne faut pas non plus confondre compromis d'assurance et clause compromissoire. Ainsi, comme le précise Madame le Professeur Anne LAUDE, « *on trouve dans des recueils de jurisprudence un certain nombre de décisions répertoriées sous la rubrique arbitrage médical* »⁷⁵⁴. Pour autant, les problèmes soulevés en l'espèce concernaient des difficultés liées à la validité d'un compromis et des problèmes d'appréciation du rôle de l'expert.

⁷⁵⁴A. LAUDE, « L'arbitrage en matière médicale », dossier Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, Droit et patrimoine, 2002, n°104, pp 80-23

232. Ainsi s'est posée la question de savoir s'il fallait considérer comme une clause compromissoire celles que font signer à la victime les compagnies d'assurance des médecins lorsqu'il y a lieu d'évaluer l'importance du préjudice et le taux de son incapacité? Si cela devait être le cas, les juridictions opéreraient une confusion entre compromis et clause compromissoire. Une telle hypothèse aurait donc pour effet d'interdire à la victime de contester le montant de l'indemnité allouée puisque que la clause compromissoire constitue une cause d'irrecevabilité bloquant toute possibilité de saisine des juridictions étatiques.

233. Les modes alternatifs de règlement des conflits sont donc tout à fait envisageables en la matière, qu'ils soient juridictionnels ou non, et permettraient s'ils étaient systématisés, un désengorgement significatif des tribunaux et une indemnisation plus rapide des victimes. C'est en raison de ce constat qu'ils sont utilisés de façon beaucoup plus systématique aux Etats-Unis.

§2.L' « alternative dispute resolution » en droit américain (ADR)

234. On entend par « *alternative dispute resolution* » en droit américain (ADR) tout mécanisme consensuel ayant pour objectif de faciliter la résolution des différends⁷⁵⁵. Cette définition rappelle celle des MARC français. Aux Etats-Unis, les victimes d'un accident ou d'une erreur médicale peuvent avoir recours à différents types d'ADR. Ces mécanismes ne sont pas fondamentalement différents de ceux du droit français

I. Les différentes formes d'« *alternative dispute resolution* » en droit américain

235. Plusieurs formes d'ADR peuvent s'appliquer au droit de la responsabilité médicale. Tout comme en droit français, le droit américain comprend des règlements des conflits non juridictionnels, tels que la médiation et l'arbitrage (1), et juridictionnels, tels que le jugement sommaire (2). L'originalité de la procédure américaine réside dans un mode que l'on pourrait qualifier de quasi-juridictionnel, le *pre-trial* (3). Ces trois formes d'ADR sont sans doute, les plus utilisées outre atlantique.

⁷⁵⁵Ces mécanismes s'appliquent à toutes les matières du droit et pas seulement à la responsabilité médicale.

1. La médiation et l'arbitrage

236. La médiation en droit américain est semblable au concept français⁷⁵⁶. Il s'agit d'un processus consensuel au cours duquel un tiers médiateur facilite la communication, la négociation et la résolution du différend par les parties elles-mêmes. Outre les parties directement intéressées au conflit, la procédure de médiation peut nécessiter la participation de toute personne utile à la résolution du différend. Les parties conviennent d'un commun accord de conférer au médiateur le pouvoir de les réunir et de gérer le déroulement de la procédure. Elles restent toutefois maîtresses de l'issue de leur différend. Elles devront trouver un accord pour y mettre fin car la médiation n'a aucun caractère contraignant. La médiation est aux Etats-Unis un mode de règlement des différends très populaire en raison de son caractère souple et consensuel. En effet, dans la mesure où il n'existe, pour avoir recours à cette procédure, aucun critère particulier, elle trouve parfaitement à s'appliquer à toutes formes de situation et notamment aux conflits opposant un professionnel de santé à un patient.

237. Au cours des années 1980, le *Center For Public Resources* (CPR)⁷⁵⁷, organisme fédéral, a imaginé une *Alternative Dispute Resolution* (ADR)⁷⁵⁸ destiné à promouvoir toutes les formes de procédures qui pourraient soulager l'engorgement des tribunaux américains. Le CPR souhaitait que la médiation représente un moyen généralisé, une procédure obligatoire préalable à l'engagement de toute procédure contentieuse. Des centres de médiation se sont ainsi constitués dans toutes les villes importantes des Etats-Unis et pouvaient traiter de plusieurs types de différends. Aujourd'hui, les professionnels ont repris à leur compte l'initiative des autorités fédérales.

238. Lorsqu'il est saisi par un requérant, le centre de médiation se charge de joindre la partie qui l'oppose. Le centre cherche à convaincre celui-ci de préférer la médiation à toute forme de contentieux. Si le défendeur est d'ores et déjà assisté d'un avocat, le centre contacte également ce dernier. Les avocats sont sensibilisés à cette démarche qui est approuvée par l'*American Bar Association*. La médiation préalable à l'instance est d'ailleurs rendue obligatoire dans la majorité des tribunaux. La démarche est entrée dans la tradition judiciaire, et est d'autant mieux appréciée que le conseil qui administre le centre est formé en grande partie d'avocats⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶Cette procédure n'est pas sans rappeler la procédure de conciliation imaginée en 1981 par le pouvoir réglementaire qui avait envisagé la création de conciliateurs médicaux dont le rôle était d'informer les patients et de les assister dans le règlement de leurs différends. Cette hypothèse n'avait cependant pas vu le jour en raison de la décision du Conseil d'Etat du 31 mai 1989 ci-dessus énoncée.

⁷⁵⁷ www.cpradr.org, consulté le 20 Août 2013

⁷⁵⁸ Pour l'ensemble des procédures d'ADR existantes aux Etats-Unis voir, <http://www.cpradr.org/Resources/ADRPrimer.aspx>, consulté le 20 Août 2013

⁷⁵⁹ Etats-Unis, American Bar Association, *What you need to know about dispute resolution : the guide to dispute resolution processes*, 2005

(http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/draftbrochure.authcheckdam.pdf), consulté le 23 mai 2008

239. Concomitamment à la saisine du centre de médiation, chaque partie et le cas échéant son conseil, reçoivent une documentation détaillant le but et les conditions du déroulement de la médiation⁷⁶⁰. Il est notamment précisé que la procédure n'implique pas renoncement au procès et que le rôle du médiateur n'est pas de décider mais seulement de tenter de mener les parties à échanger des propositions en vue de mettre fin à leur conflit. Enfin, il est précisé que la transaction une fois signée, a l'autorité qui s'attache à tout contrat.

240. Dès lors que les parties ont accepté de désigner un médiateur, la médiation se déroule en trois phases. Dans un premier temps le médiateur réunit les parties ainsi que leurs conseils et les entend sur les points conflictuels. Les conseils peuvent remettre un mémoire au médiateur et se communiquer des documents. Cette phase de la procédure est destinée non seulement à tenir le médiateur informé des termes du différend mais également de permettre à chacune des parties de peser le risque d'une procédure contentieuse. Cette réunion informelle permet à chacun d'établir sa stratégie et son plan de négociation. Le médiateur s'entretient ensuite successivement avec chacune des parties elles jusqu'à ce qu'elles parviennent un accord raisonnable. Les entretiens se déroulent individuellement. Le médiateur ne peut en aucun cas dévoiler les intentions et les stratégies des parties. Le rôle du médiateur est d'obtenir la conjonction des offres et des acceptations. Lorsque les parties paraissent prêtes à se mettre d'accord, il décide de les réunir avec leurs conseils. C'est dans cette phase finale que les parties se mettront définitivement d'accord. En cas d'échec de la médiation sur tous les points du litige, le médiateur établit un procès-verbal constatant l'échec de la procédure. Si seulement quelques points n'ont pu être résolus, il est toujours possible pour les parties de faire valoir leurs différends devant le juge.

241. Les règles relatives à l'arbitrage en droit américain sont consignées dans le « *Federal Arbitration Act* » de 1925 (FAA), adoptée à la suite d'un lobbying des partisans de l'arbitrage pour surmonter l'hostilité des juges étatiques en la matière⁷⁶¹. L'arbitrage consiste à soumettre un différend à une ou plusieurs personnes impartiales dont la mission est de mettre un terme au différend des parties. Les arbitres peuvent être des avocats ou des professionnels du secteur. Ils sont titulaires d'un pouvoir juridictionnel, ils disent le droit et tranchent le litige, mais ne sont pas contraints à appliquer les règles de droit. Une des missions de l'arbitre est en effet juger en équité. A cet égard, il détient les mêmes pouvoirs qu'un juge étatique auxquels il faut ajouter « l'imperium », c'est-à-dire le pouvoir d'assortir sa décision d'un ordre qui la rendra exécutoire par le pouvoir exécutif de l'État où la mesure d'exécution doit s'exercer.

⁷⁶⁰Etats-Unis, J. M. SENGER., *Federal dispute resolution : Using ADR with the US government*, Jossey-Bass, 2004

⁷⁶¹Etats-Unis, www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode09/usc_sup_01_9_10_1.htm

242. L'arbitrage est une mode de règlements des conflits choisi par les parties. Il peut prendre la forme d'un compromis d'arbitrage ou d'une clause compromissoire, par laquelle les parties décident de soumettre à un arbitre tous ou partie des litiges à naître du contrat⁷⁶². A l'inverse, le compromis est une convention séparée, que les parties concluent une fois que leur litige est déclaré, pour soumettre celui-ci à arbitrage⁷⁶³. Clause compromissoire et compromis ont donc essentiellement le même objet, à cette différence près que le compromis vaut pour un litige déterminé alors que la clause compromissoire vaut pour des litiges à naître. Ils ne sont d'ailleurs pas conclus au même moment, ce qui explique une différence de régime.

2. *Le Jugement sommaire*

243. Outre la médiation, il existe aux Etats-Unis, une autre possibilité de règlement des différends à l'amiable. Il s'agit du « procès sommaire par un jury » ou *summary judgment*⁷⁶⁴. Ce type de procédé est souvent utilisé la veille de long procès par jury, pour des affaires complexes et de grande envergure.

244. Lors du *summary judgment*, les avocats présentent un exposé succinct de l'affaire devant un jury dûment constitué, en présence du juge et des représentants des parties habilités à transiger. Le jury délibère pendant un temps convenu et rend un verdict. Immédiatement après avoir entendu la solution du jury, les représentants des parties se concertent afin d'essayer de régler le différend. Il faut toutefois préciser que le jugement sommaire n'exclue pas, par la suite, toute possibilité de voir son affaire juger par un tribunal au cours d'une procédure classique. En effet tout comme pour la médiation, si seulement une partie du litige a été transigé par le jugement sommaire, les différends pour lesquels les parties n'ont pas trouvés à s'accorder peuvent très bien faire l'objet d'une action en justice. Au cours du *summary judgment* il est notamment possible de soulever un moyen de défense relative à la procédure ou au fond tel qu'une prescription légale ou l'absence de lien de causalité. Les moyens soulevés ont pour effet d'éviter toute procédure contentieuse inutile et qui encombre les tribunaux.

245. L'attitude des juges en matière de jugement sommaire varie d'un lieu à l'autre. Dans le passé, certains tribunaux ont adopté une attitude très prudente en la matière, mais les choses évoluent dans la mesure où beaucoup de tribunaux cherchent des moyens d'alléger le nombre d'affaire en suspens, ces tribunaux étant beaucoup trop encombrés. Du fait de cette réticence à procéder au jugement sommaire, les avocats de la défense hésitent parfois à engager les frais nécessaires pour mettre en œuvre cette procédure. L'administration de la justice s'en trouve également simplifiée. En effet, les magistrats peuvent consacrer plus de temps et plus d'énergie à des cas plus complexes. Le *summary judgement* peut être requis à n'importe quel moment de la procédure, au cours des plaidoiries et cette faculté est également accordée au défendeur.

⁷⁶²CPC, art. 1142

⁷⁶³CPC, art. 1449

⁷⁶⁴Etats-Unis, Civil, Federal Rules of Civil procedure, rule n°56

246. Le rôle des parties est d'autant plus important que le juge ne peut ordonner d'office de *summary judgment*⁷⁶⁵. On peut toutefois se demander si ce type de procédure n'a pas pour conséquence de satisfaire une administration rapide de la justice au détriment des droits des parties à faire valoir leurs droits devant une juridiction.

247. Cependant, la plupart des requêtes en jugement sommaire qui sont rejetées le sont parce que la partie requérante n'est pas parvenue à démontrer au tribunal l'absence de contestation possible sur les faits ou l'absence de preuve du demandeur sur un point déterminant de son argumentation. Pour autant, lorsque le défendeur a de bons moyens de défense, il est souvent dans son intérêt de déposer une requête en jugement sommaire pour attirer l'attention du tribunal sur la solidité de sa défense. Il n'est pas rare qu'un demandeur, confronté à une requête en jugement sommaire bien étayée, préfère transiger sur une base raisonnable, voire même se désister complètement.

3. *Le pre trial*

248. Aux Etats-Unis, le *pre-trial* est connu des spécialistes et des praticiens de l'ADR depuis plus de 25 ans⁷⁶⁶. Il ne s'agit pas d'un véritable procès mais plutôt d'une négociation intervenant avant tout procès. Sont présent, le juge, les parties et leurs représentants. Au cours, du *pre-trial*, les parties peuvent trouver un compromis sur certains éléments de l'affaire. L'objectif est d'écartier tout les désagréments qui seraient de nature à alourdir le procès et donc de le rendre plus long. Il s'agit d'améliorer la qualité d'une éventuelle procédure⁷⁶⁷.

249. Au cours de cette procédure, les parties échangent les documents qu'elles présenteront lors du procès et la liste de leurs témoins. Cela signifie qu'elles s'engagent à ne pas réfuter les preuves avancées par la partie adverse. L'efficacité de la procédure du *pre-trial* en dépend. Au terme du *pre trial*, le juge rend ce qu'on appelle un *pre-trial order* qui relate les faits de l'espèce et les règles de droit qui devront s'appliquer ainsi que la solution qui devrait en découler. Le document doit également faire mention de la liste des témoins qui seront présent à l'audience. Si un témoin est appelé à la barre alors que son nom ne figure pas dans la liste, son témoignage ne pourra pas être pris en compte. Par ailleurs, si les parties se sont accordées sur des points de droit ou de fait au cours du *pre-trial*, elles ne pourront plus y revenir lors du procès. La solution qu'elles ont trouvée et qui a été validée par le juge leur est opposable. Cette solution figure dans le *pre-trial order* et ni le juge, ni les parties ne peuvent revenir sur ce qui a été décidé. Seule la menace d'un trouble manifestement illicite est de nature à remettre en cause cet écrit⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵G. GORLA, « Debt and summary judgment en droit anglo-américain, thèmes pour une recherche comparative », Rev. Int. dr. comp., 1966, Vol. 18 n°4, pp. 851-871

⁷⁶⁶D. W. PLANT, « L'ADR aux Etats-Unis d'Amérique », Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, HS 31 déc. 2001, pp. 79-97

⁷⁶⁷Etats-Unis, Hunt v/ Cromartie, 526 U.S.541, 119 S.Ct. 1545, 143 Led 2d. 731 (1999)

⁷⁶⁸Federal Rules of Civil procedure, Chapter V2

250. Aux Etats-Unis, les juges ont tendance à encourager les parties à recourir à ce type de procédure. Souvent, une simple suggestion de celui-ci suffit à les inciter à entamer un *pre-trial*. Il est d'autant plus apprécié qu'il permet une véritable efficacité de la procédure notamment en raison de sa rapidité. Il se peut même que les parties arrivent à trouver un compromis en cours de procédure.

251. L'ADR aux Etats-Unis représente un véritable avantage dans le règlement des conflits opposant un médecin et un patient. Il privilégie en effet, les intérêts et les besoins fondamentaux des parties sans s'attacher à l'issue prévisible qu'aurait eue un éventuel contentieux. Cela ne signifie pas qu'une partie doit être disposée à céder sur tous les plans ou à faire des concessions à son propre détriment. Cela signifie simplement que l'ensemble des parties devrait axer leurs attentions sur leurs propres intérêts et besoins réels mais aussi sur ceux de leurs adversaires.

II. Un aménagement possible des règles processuelles comme source d'une meilleure communication médecin-patient et comme remède à l'inflation des litiges les concernant

252. Douze années après la publication de la loi du 4 mars 2002 et plus de 30 ans après les premiers pas de la médiation dans la société civile, il est devenu indispensable de créer des liens entre les différents acteurs du système de santé dans l'intérêt des usagers. Il est aujourd'hui nécessaire d'apprendre à penser autrement la résolution des différends et c'est précisément sur ces liens que l'ensemble des partenaires doit accentuer ses efforts. Ainsi, les modes alternatifs de règlement des conflits ont toute leur place dans notre système de santé. Il semble d'ailleurs que la France, à l'image des Etats-Unis, soit aujourd'hui prête à accepter cette notion.

253. Les États généraux de la santé du 30 juin 1999 ainsi que le rapport Évin de 1996⁷⁶⁹ avaient déjà attiré l'attention des pouvoirs publics sur le besoin d'une meilleure communication entre les acteurs du système santé. De plus, les commissions de conciliation, les médecins conciliateurs et les dispositifs mis en place par certaines compagnies d'assurances étaient totalement inefficaces. Intervenait alors le paradoxe d'un système de soins toujours plus performant mais suscitant de grandes insatisfactions. L'offre proposée était inadaptée à la réalité de terrain. Il fallait dès lors se demander comment satisfaire une demande de communication plus présente et une résolution des conflits plus efficace. Les modes alternatifs de règlement des conflits sont incontestablement la solution.

254. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, a répondu à ce besoin de modes alternatifs de règlement des différends par l'instauration des commissions régionales de conciliation⁷⁷⁰. Pour autant, il apparaît que la mise en place de cette procédure non contentieuse n'a pas été aussi efficace que l'on aurait pu l'espérer.

⁷⁶⁹C. EVIN, « les droits de la personne malade », *Rapport du Conseil économique et social*, JO. 96 n°16, 18 juin 1996

⁷⁷⁰C. santé publ. art. L. 1142-6 et L. 1143-1

255. En effet, selon le GAMM, la saisine des CRCI n'aurait pas réellement fait baisser le nombre d'action en justice, les victimes considérant cette nouvelle procédure comme une opportunité plus aisée d'obtenir une indemnisation⁷⁷¹. De plus, le rapport de l'ONIAM en 2010 indique que le nombre de saisines des CRCI auraient nettement augmenté passant de 1907 à 4117 de 2003 à 2010, alors que le nombre d'actions en justice sur la même période n'auraient pas diminué⁷⁷². La loi du 4 mars n'aurait alors pas totalement rempli son objectif sur ce point.

256. De plus, le législateur n'a pas rendu obligatoire la saisine de la CRCI avant tous procès. La victime conserve son droit à saisir les juridictions pour les mêmes faits. Les CRCI ont pour seul but un règlement précontentieux des litiges qui peuvent aboutir dans certains cas à une transaction. En outre, la loi du 4 mars 2002 a également permis aux professionnels de santé d'engager une action subrogatoire contre le tiers présumé responsable en cas d'accident fautif ou contre un assureur qui aurait refusé d'indemniser la victime.

257. Le recours aux CRCI n'est toutefois pas la seule alternative envisageable au procès pour les victimes d'un accident médical. Le recours à la procédure de médiation ou d'arbitrage est toujours envisageable. La validité de cette dernière a d'ailleurs été confirmée par une décision de la Cour de cassation en date du 25 février 2010⁷⁷³, qui a fortement souhaité valider l'arbitrage alors même qu'il s'agissait d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur⁷⁷⁴. La Cour énonce en effet que « *le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte visé au moyen* » .

258. En l'espèce, une victime d'un accident vasculaire cérébral avait signé avec son assureur un protocole d'expertise arbitrale en février 2002, afin qu'il soit déterminé la date de consolidation de son état. Les parties décidaient de s'en remettre aux conclusions du médecin et renonçaient à toute contestation ultérieure. Toutefois, la date d'invalidité totale et définitive fixée par l'expert ne convenait pas à la victime qui entendait la contester. Le juge n'a toutefois pas considéré cette clause comme étant abusive et a donc validé le compromis d'arbitrage qui a empêché la victime d'engager une action en justice.

⁷⁷¹Rapport du conseil médical du sou médical pour l'exercice 2009, Responsabilité, nov. 2010, p.87

⁷⁷²www.ONIAM.fr ; http://www.sham.fr/IMG/pdf/PANORAMA_VERSION_DEFINITIVE.pdf

⁷⁷³Cass. civ. 1^{ère}, 25 fév. 2010 n°09-12. 126, Droit et patr. 2010.106, obs. L. AYNES

⁷⁷⁴Le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, classe dans la catégorie des « clauses grises » les clauses relatives aux modes alternatifs de règlement des litiges qui sont présumées être abusives du seul fait de leur présence dans un contrat de consommation

259. Aux Etats-Unis, L'AAOS⁷⁷⁵ estime que l'ADR est nécessaire pour compenser rapidement et équitablement les patients victimes d'une erreur ou d'une faute médicale. Il faut en effet améliorer la communication entre médecin et patient, faciliter la sécurité et la qualité des soins, réduire la médecine défensive et les dépenses inutiles de même que réduire les coûts de responsabilité et améliorer l'accès des patients aux soins. Or l'une des solutions les plus efficaces à la satisfaction des patients est l'ADR. On estime que si les patients engagent des actions en responsabilité, c'est moins pour des raisons pécuniaires que pour des raisons autrement plus subjectives. La volonté de comprendre, de se voir présenter des excuses et l'envie de prévenir des erreurs futures, en sont les principales raisons⁷⁷⁶. A cet égard, la médiation et l'arbitrage offrent plus de souplesse que les procédures contentieuses traditionnelles. Ils permettent entre autre de trouver un accord moins coûteux que n'importe quelle action en justice. La médiation, en particulier, a un taux de satisfaction très élevé dans les litiges relatifs à la responsabilité médicale. Patients et médecins apprécient particulièrement les discussions ouvertes encouragées par l'ADR. A cette occasion, les professionnels de santé peuvent expliquer au plaignant comment les complications sont arrivées et qu'elles représentent le risque inhérent à la médecine. Plusieurs États ont d'ailleurs promulgué des lois qui encourageraient le dialogue entre patient et médecin ainsi que l'utilisation de l'ADR⁷⁷⁷.

260. Aux Etats-Unis, l'ADR peut potentiellement être applicable à tous les patients victimes d'une erreur ou d'une faute médicale. De nombreux hôpitaux ont ainsi adopté des programmes dits de «début d'excuses», où médecins et personnels administratifs expliquent les circonstances de la survenance du préjudice. Cette procédure permet la conservation de la relation médecin-patient et encourage au dialogue. Le patient pourra ainsi être à même de comprendre si le préjudice est intervenu en raison d'un risque inhérent à l'acte médical qui ne pouvait être évité ou s'il trouve sa source dans une erreur ou une faute du médecin. Dans ce dernier cas, les parties pourront convenir d'un accord et faire l'économie de temps et d'argent dépensés dans un procès. Au contraire, si l'erreur est inhérente au système, elle pourrait être rapportée à la collectivité pour qu'à l'avenir elle soit évitée.

261. La médiation dans les litiges de responsabilité médicale remporte également un énorme succès aux Etats-Unis, tant en terme de maîtrise des coûts que de la satisfaction des parties. Ainsi une étude de l'Université de Pittsburgh a révélé que 85% des différends avaient trouvé une solution sans avoir recours à un procès et que les parties avaient pu réaliser une économie de plus de 1 million de dollar en cumulé⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵American Academy of orthopaedic surgeons (Académie Américaine des chirurgiens orthopédistes)

⁷⁷⁶Etats-Unis, A.R. LOCALIO, A.G. LAWTHOR, T.A BRENNAN, N.M LAIRD, L.E HERBERT, L.M. PETERSON, « Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence. Results of the Harvard Medical Practice Study 2I », N. Engl. J. Med., 1991. 325(4):245-251.

⁷⁷⁷S.J SZMANIA, A.M. JOHNSON, M. MULLIGAN « Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice : A Survey of Emerging Trends and Practices », Conflict Resolution Quarterly, 2008. 26(1):71-96.

⁷⁷⁸R.A CREO, J.O SHOGAN, TURNER. « Malpractice case alternative dispute resolution », Physician's News Digest, Nov, 2005, <http://www.physiciansnews.com/2005/11/13/malpractice-case-alternative-dispute-resolution/>, consulté le 12 oct. 2011

262. En France et dans la même logique de résolution des différends à l'amiable, l'Académie nationale de médecine, souhaite que les articles L. 1112-3 et L. 1142-5 du Code de la santé publique tels qu'issus de la loi du 4 mars 2002 soient amendés et propose que soit institutionnalisé un processus précontentieux obligatoire d'information et de conciliation dans le règlement des conflits ou litiges entre médecins et malades⁷⁷⁹. A l'image des Etats-Unis, cette proposition pourrait être de nature à diminuer le nombre de procès en raison d'une faute ou d'une erreur médicale, et favoriserait le maintien du dialogue entre médecin et patient. L'intérêt en serait dès lors non seulement économique mais également social. Une phase de conciliation obligatoire pourrait avoir lieu pour l'ensemble des conflits et pas seulement pour ceux présentés devant la CRCI. Cette procédure ne serait d'ailleurs pas sans rappeler, la phase de conciliation obligatoire que connaît le droit français devant le conseil des prud'hommes.

263. Les avantages des modes alternatifs sont nombreux et tout à fait adaptés à la relation médecin-patient. Ils sont plus rapides et généralement moins coûteux qu'une procédure juridictionnelle et prennent la forme d'une décision qui ne peut être remise en cause car elle revêt l'autorité de la chose jugée. Aux Etats-Unis, *l'american bar association*, conduit chaque affaire de telle manière qu'elle soit menée sans difficulté depuis son introduction jusqu'à la solution finale. Un agent spécialiste de la matière assiste en permanence la partie et son conseil afin de simplifier le déroulement de la procédure. Le mécanisme est donc particulièrement fiable et sécurisé.

264. La procédure se conduit par ailleurs dans une atmosphère plus souple que lors d'une action en justice. La procédure de médiation ressemble en effet davantage à une négociation qu'à une procédure judiciaire durant laquelle les parties s'adressent à un médiateur et non pas à un juge. Elles sont plus libres dans leurs propos et ne sont pas astreintes aux contraintes de procédures d'un procès classique. Enfin, l'absence de publicité des débats représentent un avantage certain pour les personnes qui ne souhaiteraient pas voir leur différend leur échapper.

265. En conséquence, les modes alternatifs de règlement des conflits doivent sans aucun doute être favorisés. Ils sont devenus un élément à part entière du système de régulation juridique et il faut en consolider la diversité et la sécurité.

266. Si tous les conflits ne se prêtent pas à une solution extrajudiciaire, à l'inverse, tous les conflits ne se prêtent pas non plus à une solution juridictionnelle, de même que toutes les maladies ne justifient pas d'aller d'emblée voir un médecin.

⁷⁷⁹L. HOLLENDER, J. HUREAU; « Proposition d'un processus précontentieux obligatoire d'information et de conciliation, dans le règlement des conflits ou litiges en responsabilité médicale », Bull. acad. Natle méd., 2007, vol. 191, n°2, pp. 435-447

267. Les raisons de l'essor des modes alternatifs de règlement des conflits sont sans doute liées à l'actuelle « crise de la justice » qui se caractérise notamment par l'explosion du contentieux judiciaire et l'encombrement des rôles des juridictions. Une deuxième raison touche à l'évolution des modes de régulation sociale. L'Etat ne peut pas réguler l'ensemble des rapports sociaux en raison de leur trop nombreuse diversité et de leur constante évolution. Ceci est sans aucun doute de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux en général, et dans la même logique la contractualisation du règlement des litiges, en particulier.

268. Les modes alternatifs de règlement des conflits contribuent à diversifier les réponses proposées aux justiciables pour le règlement de leurs différends. Chaque conflit pourrait alors trouver sa solution. Favoriser leur développement participe à tisser un lien social et à promouvoir une justice plus participative.

269. Des réflexions sur le sujet ont été émises aussi bien sur le terrain du contentieux administratif, à la suite du rapport du Conseil d'Etat Schrameck, qu'en matière civile, à la suite des rapports Guinchard, qui proposait une consécration de la procédure de négociation préalable par l'intermédiaire des avocats, et Magendie III, qui préconise une réforme incitative des dispositifs de médiation judiciaire. De même, l'articulation des procédures judiciaires et modes alternatifs est un des objectifs du droit de l'Union européenne⁷⁸⁰.

270. Ainsi, la médiation et la conciliation devraient être quasiment systématiquement utilisées en matière d'indemnisation du préjudice. La durée des conflits ne fait en effet qu'alourdir le préjudice. En outre, la procédure d'appel accroît ce retard avec un délibéré final encore plus lointain. Les MARC ont l'avantage de ne pas comporter de procédure d'enrôlement et donc de ne pas engendrer d'attente pour que soit tenue une première audience. Les parties sont maîtresses de leur temps et des délais qu'elles entendent donner à la procédure.

271. Les barèmes d'indemnisation sont qui plus est, plus ou moins officiels et déconnectés du vécu des parties à l'action. Introduire une phase de médiation ou de conciliation favoriserait sans aucun doute une meilleure indemnisation, ne serait-ce que parce que la discussion des parties participe à l'indemnisation de l'ensemble préjudice. Les victimes ont souvent besoin de comprendre les raisons de leurs maux afin de pouvoir faire le deuil des mauvais moments passés et de vivre avec les séquelles à venir. Le procès participe à cette compréhension, mais il se vit dans l'angoisse et la tension pendant une très longue période. Une phase de médiation ou de conciliation pourrait ainsi avoir un effet plus efficace sur cet aspect de la procédure.

⁷⁸⁰Directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, art. 1er : « La présente directive a pour objet de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires »

Conclusion

272. Nous retiendrons de ce premier titre que le déroulement d'un procès ne suit pas les mêmes règles en droit français et en droit américain. C'est d'ailleurs peut-être ce qui distingue le plus les deux pays dans les litiges relatifs à la responsabilité médicale. Cette différence se caractérise dans le déroulement du procès en lui-même à savoir de l'assignation au rendu de la décision, mais surtout à travers des institutions fondamentales de la procédure américaine que sont les modes alternatifs de règlements des conflits, la présence des jurys populaires et les actions de groupes.

273. On comprend dès lors pourquoi l'office du juge s'en trouve limitée. Le principe inquisitorial français se démarque ainsi de la procédure accusatoire américaine où le juge n'a qu'un rôle d'arbitre neutre et passif qui oriente les débats en fonction des règles applicables, alors que la décision finale appartient au jury. Cette institution qui représente une véritable garantie constitutionnelle en droit américain n'est pourtant pas sans risque. De simples citoyens sont-ils en effet capables de juger de matières aussi techniques que celle relevant de la science médicale ? Ne se sentent-ils pas plus proches de la victime par principe ? Sont-ils réellement impartiaux dans l'allocation des dommages et intérêts, principalement lorsqu'ils sont punitifs ?

274. Les dommages et intérêts punitifs représentent, un effet, une particularité de la procédure américaine dont une éventuelle introduction en droit français est source de craintes, notamment en raison de leurs montants prohibitifs. Pourtant, ce dispositif, pilier de la procédure américaine et moteur des *class actions*, n'a pas empêché la récente création des actions de groupes en droit français. S'était en effet posée la question de savoir si les dommages et intérêts punitifs ne représentaient pas un obstacle trop important à la mise en place de cette procédure en France. A ce sujet, l'analyse de nos gardes fous constitutionnels nous a assuré qu'une *class action* à la française, gouverné par le système de l'« *opt-in* » était tout à fait réalisable.

275. La procédure américaine est en ce sens un moteur d'innovation juridique de notre droit. Nous ne pouvons dès lors que saluer la mise en place d'une telle procédure en droit français compte tenu de l'insuffisance des procédures de défenses des intérêts collectifs des consommateurs dont nous disposions jusqu'alors.

276. Nous regrettons pourtant que la *class action* n'ait pas été prolongée aux préjudices de santé alors que nombreuses sont les affaires qui pourraient être concernées par une telle action. Le droit médical n'est-il d'ailleurs pas, dans certains cas, considéré comme une branche du droit de la consommation ? L'absence d'intérêt thérapeutique de certains actes médicaux qui sont à l'origine d'activités de niche comme la médecine esthétique par exemple, et qui génèrent parfois beaucoup de profit au bénéfice de professionnels peu scrupuleux, devraient pouvoir trouver des réponses dans les actions de groupe.

277. Les éventuels débordements tant redoutés, ne seraient pas à craindre compte tenu de la faible proportion de ces affaires, d'ailleurs fortement médiatisées dans l'ensemble du contentieux de la responsabilité médicale et qui oppose le plus souvent un seul patient à son professionnel de santé. Au surplus, cette action pourrait, à l'instar des Etats-Unis, revêtir un rôle préventif voire moralisateur, pour des affaires similaires. Elle pourrait dans une certaine mesure également, contribuer au désengorgement des tribunaux compte tenu de la « jonction » des conflits en une seule et même action.

278. A cet sujet, les « *alternatives disputes resolution* », institution fondamentale de la procédure américaine, sont aussi une source d'influence importante pour notre droit. S'ils existent de longue date dans notre droit positif, les MARC ne sont pas utilisés à la hauteur de leurs avantages. Pourtant la systématisation de cette procédure, telle qu'elle est mise en place en droit américain, représente un avantage indéniable pour les litiges relatifs à la responsabilité médicale. La création des CRCI est certes une avancée non négligeable dans la résolution des litiges de santé, mais n'a malheureusement pas permis la réduction du nombre de conflits en la matière. En effet, si leur saisine est facilitée par une procédure relativement simple, leurs règles de fonctionnement ne permettent pas de traiter de tous les litiges et beaucoup d'entre eux échappent à leurs compétences. A cet égard, la transaction, la médiation et même l'arbitrage dans une moindre mesure, seraient une solution à l'augmentation du contentieux de la responsabilité médicale.

279. A n'en pas douter, la rapidité des MARC présente donc un atout considérable pour notre système judiciaire. Le poids des procès, les restrictions budgétaires qui y sont associées, la rationalisation de la carte judiciaire et bien d'autres facteurs encore, sont de nature à accentuer les retards que prennent certaines affaires avant qu'elles ne soient portées à l'audience. De plus, l'expérience a prouvé que les sommes allouées au cours d'une médiation sont moins importantes que celles allouées par les tribunaux et procurent une meilleure satisfaction des victimes. Les compagnies d'assurance devraient réfléchir à cette procédure et les magistrats la favoriser.

TITRE II

Vers une américanisation du contentieux de la responsabilité médicale pour faute favorisant le déséquilibre de la relation médecin patient

280. La société américaine a la réputation d'être une société contentieuse, très « consommatrice » de procès. Les justiciables n'hésitent pas à intenter des actions dès lors qu'ils ont subi un préjudice. De multiples exemples illustrent cette tendance contentieuse. Nul n'ignore en effet l'affaire du café trop chaud du Mac Donald, qui a brûlé une cliente au troisième degré et lui a permis d'être indemnisée à hauteur de plus de 2 millions de dollars⁷⁸¹, ni l'affaire des occupants d'un véhicule General Motors qui ont obtenu près de 4,9 milliards de dollars de dommages et intérêts parce qu'ils ont été victimes d'un accident de la route⁷⁸². Nul n'ignore également, le procès intenté par des fumeurs aux fabricants américains de cigarettes et qui ont été indemnisés pour plus de 145 milliards de dollars de dommages et intérêts⁷⁸³. Cette espèce est d'ailleurs particulièrement connue en France, puisqu'elle y a trouvé un écho avec une décision du TGI de Montargis en date du 8 décembre 1999 qui avait admis la responsabilité de la Société de tabac SEITA dans le décès d'un homme atteint d'un cancer du poumon. Cette affaire qui, à l'époque, avait été qualifiée de décision « à la mode »⁷⁸⁴ n'a cependant pas eu les mêmes suites favorables qu'avaient obtenues les victimes américaines⁷⁸⁵.

⁷⁸¹Etats-Unis, A. GERLIN, « A Matter of Degree: How a Jury Decided That a Coffee Spill Is Worth \$2.9 Million », The Wall Street Journal, 1994 WL-WSJ 342815

⁷⁸² General Motors condamné à indemniser des accidentés de la route, Le Monde, 1 2juill. 1999.

⁷⁸³P. de BEER, « 145 milliards de dollars d'amende pour les cigarettiers américains », Le Monde du 16-17 juil 2000, p. 26.

⁷⁸⁴S. KAUFFMAN, « L'exemple américain », Le Monde, 10 sept.1999 ; Y. Tournois, Les Annonces de la Seine, 30 déc. 1999, p. 2.2

⁷⁸⁵http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/troisieme_partie_jurisp_rudence_cour_44/responsabilite_civile_assurances_165/responsabilite_civile_6310.html, consulté le 21/05/2005

281. Si l'affaire SEITA n'a abouti à aucune condamnation, elle reflète cependant une certaine mouvance de la conception française de la justice. Le terme « américanisation » prend une place de plus en plus importante dans notre société contentieuse. La presse en est certes un vecteur déterminant, mais force est de constater que le phénomène a pris une ampleur telle, que même les juristes ont dû prendre en compte la question⁷⁸⁶.

282. Dans le domaine de la santé particulièrement, l'influence américaine est dans les esprits de tous. L'inflation du nombre de litiges enregistrés par les assureurs, la crise de l'assurance responsabilité civile médicale, l'augmentation du nombre des procès, en sont des illustrations. L'activité médicale se judiciaireise. Médecins, assureurs, associations de patients et responsables de l'administration sanitaire, s'interrogent sur l'augmentation des plaintes des patients et sur l'évolution des montants d'indemnisation. Ainsi Le groupe MACSF, assureur des professionnels de santé, constate une augmentation du nombre prévisible des réclamations des patients dans une société caractérisée par une aversion pour le risque et par une augmentation du nombre de condamnations par les magistrats.⁷⁸⁷ A l'image de la société américaine, la crainte d'une judiciarisation de l'activité médicale en France existe. Les publications des compagnies d'assurance, relayées par les médias, font état d'une augmentation significative du nombre des réclamations liées aux soins (Chapitre I).

283. Ce phénomène n'est pas sans conséquence sur la pratique des professionnels de santé, qui prend peu à peu de nouvelles formes. L'acte médical traditionnel s'en trouve quelque peu dénaturé (Chapitre II).

⁷⁸⁶L. ENGEL, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, 1993, n° 192 p. 5-31 ; F. TERRE, « L'américanisme et le droit français », *Philosophie politique*, 1995 n° 7, p. 137-147 ; L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », *Écrits en hommage à G. CORNU*, PUF, 1994, p. 29

⁷⁸⁷Rapport du Conseil médical du Sou médical sur l'exercice 2009, *Revue Responsabilité*, Nov. 2009 ; Pour une analyse contraire, J.P GRIBEAUVAL, *Revue Prescrire*, Juill. 2010, Tome 30 n°321 Le taux de sinistralité enregistré par le groupe était de 0,85% en 1985, de 1,5% en 1996, de 1,9% en 2002 et de 2,5% en 2008, ce qui constitue une croissance continue du nombre d'accidents déclarés par les médecins mais qu'il faut relativiser. Ces chiffres sont très faibles au regard du nombre d'actes médicaux pratiqués et de l'effectif des professionnels en activité libérale. De même, le contentieux médical reste très marginal au regard du volume de l'activité médicale et son évolution est contrastée. Le phénomène de judiciarisation de la médecine est quantitativement relatif au vu des tribunaux.

CHAPITRE I

Une judiciarisation de l'activité médicale installée en droit français et en droit américain.

284. Le nombre d'actions en justice engagées à la suite d'un accident ou d'une faute médicale a nettement augmenté ces dernières décennies (Section I). De plus, le coût des sinistres les plus lourds supportés par les assureurs, est passé de 1.5 à 6 millions d'euros⁷⁸⁸ sur la même période. Cette augmentation importante du montant des réparations des préjudices, liés à un accident ou à une faute médicale laisse penser à une certaine « dérive à l'américaine » de notre système de santé, particulièrement concernant la réparation du préjudice (Section II).

SECTION I. UNE AUGMENTATION DES SINISTRES LIES A L'ACTIVITE MEDICALE EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS

285. Il ressort d'une étude nationale, portant sur 71 hôpitaux et cliniques, donnant une mesure globale des incidents liés aux soins dans tous les domaines de l'activité hospitalière⁷⁸⁹, que le nombre d'évènements indésirables survenus à l'occasion d'un acte de soins (ENEIS), a particulièrement augmentée ces dernières années. Il apparaît également que ces résultats sont très proches de ceux des études américaines⁷⁹⁰. Or les Etats-Unis ont la réputation, tout le moins en France, d'être un pays particulièrement procédurier et de pratiquer des montants d'indemnisation très importants. L'amalgame entre les deux pays est donc particulièrement présent. Il nous appartient alors de comprendre les raisons cette augmentation du nombre de cas soumis au juge, une décennie après la promulgation de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. L'explication pourrait d'abord se trouver dans l'évolution des règles de droit (§1). Il semble également que l'acceptation du risque par notre société soit un facteur déterminant (§2).

⁷⁸⁸M. DUPUYDAUBY, Editorial, Rev. Resp., nov. 2005, HS n°2

⁷⁸⁹P. MICHEL, JL.QUENON, A. DJIHOUD, S. TRICAUD-VIALLE, AM. SARASQUETA, S. DPMECQ, « Les événements graves liés aux soins observés dans les établissements de santé ; premiers résultats d'une étude nationale », DRESS, 2005, Etudes et résultats n°398

⁷⁹⁰F. LATIL, De Boer WEL, J. CARDONNA, « Pour une maîtrise médicalisée des préjudices liés aux soins », Pratique et organisation des soins, oct-déc 2008, vol 39 n°4

§1.L'augmentation du nombre de réclamations en relation avec l'évolution du droit.

286. L'augmentation du nombre de sinistres en matière médicale est d'abord imputable aux progrès de la science et à l'avènement des nouvelles technologies, qui permettent un meilleur suivi du travail des médecins, mais aussi une meilleure appréciation de la responsabilité. De ce fait, les patients ont des attentes plus fortes non seulement du système de santé, mais également financière. L'apparition de nouvelles formes de pathologies telles que la maladie de Creutzfeldt-Jakob, participe également à l'augmentation du nombre des réclamations et à leur médiatisation. C'est aussi le cas du phénomène du vieillissement de la population qui est sans conteste, facteur d'augmentation de la demande de santé. Progrès de la science, exigences des patients de plus en plus importantes et augmentation de la demande de soins, impliquent la nécessaire évolution du droit dans le sens d'un renforcement des droits des victimes et d'une indemnisation appropriée en cas de sinistre.

287. Le droit français a ainsi vu progressivement évolué la notion de faute liée à l'acte médical, ce qui a notamment eu pour effet une évolution significative du contentieux en la matière. On identifie les premiers procès relatifs à la mise en cause de la responsabilité d'un médecin entre les 17ème et 18ème siècles. Les chirurgiens n'étaient tenus pour responsables que des fautes de négligences, d'imprudences ou d'ignorances, aisément identifiables et commises à l'occasion d'actes d'opérations. Ils étaient protégés par leur position sociale et les patients hésitaient à mettre leur savoir en doute. L'exercice de la profession a en réalité pris une nouvelle tournure lorsque la médecine est devenue plus performante, car on exigeait du médecin qu'il soit irréprochable, notamment en raison des progrès de la science qui tendent de plus en plus à faire de la médecine une science exacte. L'arrêt Mercier du 20 mai 1936 fut la première décision à marquer un véritable tournant dans l'évolution du droit de la responsabilité médicale. Jusqu'alors, les droits des victimes étaient quasi inexistants, et la responsabilité des professionnels de santé très difficilement mise en cause. La responsabilité s'exerçait contre l'homme, mais en aucun cas contre le médecin⁷⁹¹. Il fallut attendre la loi du n° 2002-303 du 4 mars 2002 pour que soient consacrés les droits des patients⁷⁹².

⁷⁹¹D. THOUVENIN, *La responsabilité médicale*, Flammarion, éd. Médecin et science, p. 199

⁷⁹²P. MISTRETTA, « Le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé », JCP G 2001. 1973 ; Ch. RADE, « La réforme de la responsabilité médicale après la loi n 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », Resp. civ. et assur., 2002, chron. n°7 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », D. 2002. 1217 ; F-J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, « Commentaire de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades », LPA, n°52, 13 mars 2002, p.5

288. En parallèle, le nombre de sinistres n'a pas cessé d'augmenter, alors même qu'ils représentent un faible pourcentage du nombre total d'actes médicaux réalisés sur le territoire,⁷⁹³ et que l'issu d'une condamnation judiciaire ne représentait qu'un cas sur cinq au civil, et un cas sur huit au pénal⁷⁹⁴, ce qui laissait penser que si l'augmentation du contentieux était réelle, une dérive à l'américaine ne semblait pas devoir être redoutée⁷⁹⁵.

289. Cette augmentation du contentieux est donc incontestablement liée à une transformation des règles de fond du droit de la responsabilité médicale. La jurisprudence tant judiciaire qu'administrative, a fortement évolué vers un durcissement des principes juridiques qui gouvernent la responsabilité du médecin ou de l'établissement de santé. Le principe d'une responsabilité sans faute, plus protectrice du patient victime d'une erreur médicale ou d'un aléa thérapeutique, a ainsi été reconnu⁷⁹⁶, de même qu'un élargissement du contenu de l'information médicale et de la sanction de cette dernière en cas de défaillance⁷⁹⁷. Les hypothèses de plus en plus larges de responsabilité médicale sans faute ne cessent de s'élargir, auxquelles on ajoute de grands scandales médicaux, fortement médiatisés à l'excès, telle que l'affaire Perruche par exemple.

290. Les Etats-Unis ont progressivement connu les mêmes évolutions que la France. Le passage de la notion de négligence grave à la notion de responsabilité prouvée, ou même présumée visait initialement à mieux indemniser les victimes d'accident, leurs bénéficiaires ou leurs proches.

291. Pourtant, l'évolution de la notion de faute s'est accompagnée, dans la plupart des cas, d'une augmentation des demandes d'indemnisation. La possibilité d'intenter des actions collectives ainsi que le rôle de l'avocat et de la détermination de ses honoraires en fonction des résultats en sont les principaux facteurs. De même, le montant des dommages et intérêts accordés par les jurés, en particulier pour préjudice non économique, ainsi que le montant des dommages et intérêts punitifs peuvent produire une inflation du contentieux qui entraîne l'émergence d'un système d'indemnisation de plus en plus subjectif. Un rapport de l'*US Department of Health and Human Services* précise d'ailleurs que ce type de dommages et intérêts représente une indemnisation monétaire évaluée sur la base de considérations non monétaires⁷⁹⁸.

⁷⁹³Chiffre du Rapport IGAS IGSJ sur l'estimation par volume du nombre d'accidents médicaux graves, in Proposition de loi relative à l'indemnisation de l'aléa médical et à la responsabilité médicale, <http://www.senat.fr/rap/100-277/100-277.html>, consulté le 21 septembre 2012

⁷⁹⁴D. THOUVENIN, *La responsabilité médicale*, Flammarion, éd. Médecin et science, p. 199

⁷⁹⁵Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 2000, 4e éd., n°567 et s. ; B. MARKESINIS, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche », RTD civ. 2001.77

⁷⁹⁶CE, 9 avr. 1993, Bianchi, JCP. 1993.2.22061, note. J. MOREAU ; RFDA, 1993, p. 573, concl. S. DAEL ; AJDA, 1993, p. 344, chron. Ch. MAUGUE et L. TOUVET ; en droit privé, Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1999, JCP G 1999. 2. 10138, rapp. P. SARGOS ; Resp. civ. et assur. 1999, chron. n°20.

⁷⁹⁷Cass.civ.1^{ère}, 7 oct. 1998 ; JCP.G. 1998, 2, 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS ; D. 1999, jurispr. p. 1455, note S. PORCHY-SIMON ; S.HOCQUET-BERG, Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal, 10 sept. 1998, p. 2 ; P. SARGOS, rapp. ss Cass.civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, Gaz. Pal. 1997, 1, jurispr. p. 274.

⁷⁹⁸<http://www.hhs.gov/about/>, consulté le 26 juin 2013

292. Les fondements de l'indemnisation sont donc souvent entièrement subjectifs et ne répondent à aucune norme. Par conséquent, à moins qu'un État n'édicte des limitations aux dommages non économiques, le système donne carte blanche aux jurés pour accorder des dommages considérables fondés sur la sympathie, le pouvoir de séduction du plaignant et son statut socio-économique. Ainsi, certains États peuvent être plus durs que d'autres dans la condamnation des professionnels de santé, voire complètement intolérants à l'erreur médicale. En Floride par exemple, durant l'année 2003 un « véritable ouragan judiciaire » a eu pour conséquence un arrêt ou une réduction de l'activité de plus de 70 % des chirurgiens et gynécologues suite à une augmentation de leurs primes d'assurances⁷⁹⁹. En Californie au contraire, loi dites MICRA⁸⁰⁰ a plafonné le montants des indemnisations à 250 000 dollars ce qui a pour conséquence de diminuer fortement l'augmentation des primes d'assurances des professionnels de santé. Entre 1976 et 2003, les primes ont ainsi subi une augmentation de 300% dans l'Etat alors qu'elles ont augmenté de plus de 900 % dans le reste du pays.

293. Cette augmentation du nombre litiges et des montants d'indemnisation, a été confirmée par un rapport du Comité des assurances et des pensions privées de l'OCDE⁸⁰¹, dans lequel il est précisé qu'aux Etats-Unis, ces demandes augmentent de presque 10 % par an depuis 2000, et que les montants des dommages et intérêts versés ont totalisé 28,7 milliards de dollars en 2004.

⁷⁹⁹Etats-Unis, F. LATIL, De BOER WEL, J. CARDONNA, « Impact of the No tort reform on médical liability, Pour une Maîtrise médicalisée des dépenses liées aux soins », Pratiques et organisation des soins, oct.-déc. 2008, n°4, Volume 39, pp. 331-339

⁸⁰⁰Etats-Unis, N.M. PACE, D. GOLINELLI, L. ZAKARAS, « Changing the Medical Malpractice Dispute Process : What Have We Learned From California's MICRA? », http://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9071/index1.html, consulté le 17 septembre 2012

⁸⁰¹ OCDE « Aspects fondamentaux des assurances : Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux », éd. OCDE n°11

§2. Une demande croissante de sécurisation du patient

294. Le 20^{ème} siècle a été fortement marqué par l'apparition de scandale de santé publique. La médecine n'est dorénavant plus seulement facteur de guérison, mais elle peut être une véritable nuisance à la santé d'un individu. La crainte de cette nouvelle puissance, qu'il est difficile de comprendre et donc de maîtriser, a favorisé sa méfiance voire sa remise en cause par l'opinion publique. La propagation médiatique de ces différents scandales sanitaires n'a fait que renforcer cette crainte. On peut citer pour exemple la polémique qui entoure le mouvement de lutte contre la vaccination de l'hépatite B à laquelle on reprochait d'engendrer une sclérose en plaque.

295. La désacralisation de la personne du médecin vient accentuer ce contexte propice au développement du contentieux. Le praticien n'est en effet plus considéré comme le détenteur d'un savoir incontesté. Le malade aspire à davantage d'informations, devient parfois un consommateur de soins, et la perspective d'une action en justice contre le médecin apparaît dès lors parfaitement légitime.

SECTION II. LA FINALITE DE LA CONDAMNATION A DES DOMMAGES ET INTERETS DIFFERENTE EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS

296. L'évolution croissante du nombre de sinistres laisse penser à une américanisation de notre système de santé, particulièrement concernant la réparation du préjudice causé par un acte médical fautif. Les systèmes français et américain possèdent en effet de nombreuses similitudes à plusieurs égards qui tendent de plus en plus à converger.

297. La réparation du préjudice en droit français et en droit américain, repose sur le principe de la réparation intégrale⁸⁰² (§1). Mais au-delà de la fonction réparatrice de la responsabilité, le droit américain exerce également une fonction préventive voire punitive, ce qui n'est pas le cas, du moins officiellement du droit français. Pourtant, si l'on résonne en fait mais aussi en droit, on remarque que les deux systèmes tendent de plus en plus à converger dans leurs modes de fonctionnement (§2).

⁸⁰²Cass. civ. 2^{ème}, 28 oct. 1954, Bull. civ. 2. 328 ; JCP 1955.2. 8765 ; RTD civ. 1955. 324, obs. H. et L. MAZEAUD ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, T. 2, 1951, 2^{ème} éd., LGDJ, n° 601 : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ».

§1. Le principe de la réparation intégrale comme fondement de la réparation du préjudice en droit français et en droit américain

298. En droit français, les notions de préjudice et de dommage sont souvent utilisées comme synonymes alors qu'il existe une différence de fond. Plusieurs positions se sont affirmées sur ce sujet⁸⁰³. Selon F.P. BENOIT « *le dommage est un fait : c'est toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité ou d'une situation* ». Il possède un caractère objectif en ce sens qu'il est perceptible indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui en est victime et des conséquences diverses qu'il peut avoir pour elle ». Le préjudice est quant à lui « constitué par un ensemble d'éléments qui apparaissent comme les diverses conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime de celui-ci »⁸⁰⁴. A l'inverse du dommage, il est apprécié subjectivement. Pour d'autres auteurs, il n'existe aucune différence entre le dommage et le préjudice, ces deux termes pouvant être utilisés indifféremment⁸⁰⁵. Il est ainsi plus aisé de considérer le dommage à travers ses multiples variétés, préjudice matériel, moral, corporel, commercial... La notion de dommage absorbe celle de préjudice jusqu'à ne plus considérer que « *toute faute appelle réparation* », mais que « *tout dommage appelle condamnation* », comme le soulignait le Cour de cassation en 1954⁸⁰⁶.

299. Dans les différents droits étrangers, le dommage désigne la lésion subie au corps, aux sentiments ou même à une chose. Il s'agit d'un fait apprécié de façon objective. Le préjudice est la conséquence juridique et subjective de la lésion sur la personne et/ou sur les biens de la victime. Une atteinte à l'intégrité physique, c'est-à-dire un dommage corporel, peut ainsi engendrer un préjudice patrimonial (comme la perte de salaires, des frais médicaux, d'hospitalisation...) ou/et un préjudice extrapatrimonial (des souffrances morales...). L'acte préjudiciable est différent du fait illicite et seul réparable. L'indemnisation doit se détacher de la sanction. Elle est la conséquence de l'acte fautif mais ne doit en aucun cas être confondue avec celui-ci. Le droit américain est conforme à cette interprétation. Ainsi, il marque une différence entre la faute *injury* et la réparation de cette dernière, le *damage*⁸⁰⁷.

⁸⁰³S. ROUXEL, Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français, thèse Grenoble 2, 1994; X. Pradel, Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile, avant-propos J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, préf. P. JOURDAIN, 2004, LGDJ; C. CALFAYON, Essai sur la notion de préjudice, thèse Paris I, 2007

⁸⁰⁴F.P. BENOIT Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé, problèmes de causalité et d'imputabilité, JCP 1957, 1, 1351

⁸⁰⁵En droit administratif par exemple, R. CHAPUS selon lequel « il n'y a aucune différence à faire entre ces termes » in Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, thèse Paris, 1952, p. 400

⁸⁰⁶Cass. civ. 2^{ème}, 28 oct. 1954, Bull. civ. 2. 328; JCP 1955.2. 8765; RTD civ. 1955. 324, obs. H. et L. MAZEAUD

⁸⁰⁷Etats-Unis, H. CAMPBELL BLACK, *Black law Dictionary Definition of the terms of American and English jurisprudence ancient and modern*, 4th ed, West publishing, 1968, p. 925; « Damages, an Overview », Legal Information Institute, <http://www.law.cornell.edu>, consulté le 8 mars 2008

300. Cependant, peu importe qu'il existe une différence fondamentale entre la notion de dommage et de préjudice dans les deux droits, on retiendra essentiellement que la fonction essentielle des dommages et intérêts consiste en la réparation voire la compensation du préjudice subi. Les deux systèmes attachent ainsi une particulière importance à ce que la valeur de l'indemnité soit équivalente au préjudice.

301. Aux Etats Unis, seuls les dommages prévus par la loi peuvent en principe être réparés. Ils sont accordés par un jury dont le verdict doit prévoir la réparation de chaque préjudice causé par la faute du défendeur⁸⁰⁸. Ils doivent par ailleurs prendre en compte les préjudices dont la victime ne souffre pas encore mais dont elle est susceptible de souffrir dans le futur comme les frais de soins médicaux ou un éventuel préjudice moral⁸⁰⁹. Il existe deux sortes de préjudices réparables aux Etats-Unis, les « *economics loss* » (préjudices économiques), et les « *non economics loss* » (préjudices non économiques).

302. La réparation du préjudice corporel est très importante dans la mesure où il n'existe pas, comme c'est le cas en France, de systèmes de soins fondés sur la solidarité nationale. L'essentiel de la réparation du préjudice non économique est constituée de la réparation du « *pain and suffering* », entendu comme le préjudice physique et moral dont souffre la victime consécutivement à la réalisation d'un dommage. Le terme « *pain* » représente la gêne physique résultant de l'acte dommageable qui se traduit notamment par l'impossibilité pour la victime, du fait de son préjudice, de se livrer à des activités normales d'agrément et aux plaisirs de la vie. « *Suffering* » représente les souffrances psychiques endurées consécutivement au « *pain* ». La réparation du « *pain and suffering* » s'entend donc de l'indemnisation de l'impossibilité de pratiquer des actes liés au plaisir de la vie tels que les activités physiques et sportives mais aussi le préjudice esthétique c'est à dire les mutilations, les déformations intervenues à la suite d'un acte médical et le préjudice sexuel.

303. En France, la responsabilité désigne en droit, l'obligation de répondre, d'être garant de ses actes et de réparer les dommages causés à autrui⁸¹⁰. En ce sens, le droit de la responsabilité remplit donc une fonction préventive. Ainsi, la jurisprudence affirme régulièrement que le propre de la responsabilité civile est « (...) de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »⁸¹¹.

⁸⁰⁸Etats-Unis, *Steitz v/ Gifford*, 280 N.Y. 15, 20 (1939); *Bottone v/ N.Y. Tel. Co.*, 110 A.D.2nd 922, 924 (3d Dep't 1985); *Restatement (second) of Torts* § 910

⁸⁰⁹Etats-Unis, H. CAMPBELL BLACK, *Black law Dictionary Definition of the terms of American and English jurisprudence ancient and modern*, 4th ed, West publishing, 1968, p. 925

⁸¹⁰Le Littré, Grand Larousse Encyclopédique, T. 9, 1985 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2001, éd. PUF, p 770

⁸¹¹Cass. civ. 2^{ème} ; 7 juin 2001, D. 2002. 1313, obs. P. JOURDAIN

304. La règle de la réparation intégrale du préjudice⁸¹² signifie que le juge doit s'efforcer de réparer « tout le dommage mais rien que le dommage » afin de compenser le préjudice subi par la victime sans pour autant l'enrichir.

305. Dès lors, seul est retenu le préjudice au sens objectif du terme indépendamment de tout point de vue subjectif lié à la nature de la faute. Tous les chefs de préjudices sont pris en compte et la réparation doit porter sur la perte éprouvée (*damnum emergens*) comme sur le gain manqué (*lucrum cessans*) mais aussi sur le préjudice futur dans la mesure où celui-ci est considéré comme certain⁸¹³.

§2.Des systèmes de réparation qui ont tendance à converger.

306. Officiellement, le droit français exclut donc toute considération autre qu'ayant un but indemnitaire, ce qui n'est pas le cas du droit américain qui au-delà de l'indemnisation permet également la sanction de celui qui a causé le dommage « *punitive damage* » ou de celui qui n'a pas tout mis en œuvre pour le minimiser « *mitigation* ». Mais, on constate qu'en France, tant la doctrine que la jurisprudence penchent de plus en plus pour une reconnaissance de la minimisation du préjudice de la victime (I) et des dommages et intérêts punitifs (II).

I. L'obligation faite à la victime de minimiser son préjudice.

307. Il existe en effet en droit américain, un véritable devoir juridique pour la victime, d'amenuiser son préjudice si elle en a la possibilité. Il s'agit du principe de la « *mitigation* ». Elle s'analyse comme le fait, pour le juge, de tenir compte dans le calcul des dommages et intérêts, le plus souvent dans un cadre contractuel, des efforts « raisonnables » fournis par le créancier pour limiter la valeur de son préjudice. L'obligation de diminuer le dommage est une institution essentielle de la « *common law* ». La doctrine a même pu relever que « *la modération du dommage occupe un rôle explicatif central au sein de la common law du contrat ; (...) elle exprime à elle seule un choix idéologique, ou de politique juridique, relatif à la place qu'il convient de reconnaître à la poursuite de l'efficience économique ou si l'on veut, aux besoins du marché, dans le régime juridique des échanges* »⁸¹⁴. Ainsi, la victime qui souhaite obtenir la réparation de son préjudice est tenue de faire tous les efforts possibles afin de minimiser celui-ci.

308. L'intérêt de la technique des « *mitigations* » réside dans le contrôle du droit de la réparation. Il s'agit d'encourager la limitation de la réparation du préjudice en prenant en compte dans le calcul des dommages et intérêts contractuels et extra contractuels les efforts raisonnables que le créancier aura pu fournir pour réduire son préjudice. En découle ainsi une véritable responsabilisation de la victime vis à vis de son propre préjudice.

⁸¹²H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 3, vol 1, 1978, Montchrétien, 6ème ed. n° 2316 et s., à propos d'un « équivalent pécuniaire ».

⁸¹³Cass. req., 24 mars 1942, D. 1942. 118, RTD civ. 1942. 289, obs. H. et L. MAZEAUD

⁸¹⁴H. MUIR WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », LPA, 2002, n°232, p. 45.

309. La charge de la preuve incombe toutefois au défendeur qui doit démontrer que la victime n'a pas fourni les efforts, pour limiter l'étendue de son préjudice. Ainsi, en matière de préjudice corporel, le défendeur devra démontrer que la victime aurait pu minimiser son préjudice si elle avait eu recours à un traitement plus adéquat ou si elle avait eu recours à des soins supplémentaires. Dans ce cas, il est demandé à la victime de jouer un rôle actif dans la possibilité de minimiser son dommage, en ayant une attitude active (obligation de faire) ou passive (obligation de ne pas faire). C'est le cas par exemple d'un patient opéré de la jambe qui décide de poser son pied à terre alors que cela lui a été déconseillé. Le non-respect du devoir de « *mitigation* » entraînerait une déchéance totale ou partielle du droit à indemnisation du créancier. Mais on estime, que si cette obligation est possible au sein de la « *common law* », c'est aussi parce que le préjudice y est apprécié, contrairement au droit français, à la date du dommage et non au jour où le juge statue.

310. Contrairement au droit américain, le droit français interdit toute obligation pour la victime d'agir de quelque manière que ce soit sur l'étendue de son dommage. Ainsi le 19 juin 2003, la Cour de cassation énonçait clairement que « *l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables (et) que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »⁸¹⁵. Cet arrêt de principe affirmait qu'il n'y avait pas de faute de la victime à refuser des soins pour améliorer son état de santé. Cette décision revenait sur une jurisprudence de la Cour de cassation de 1997⁸¹⁶ qui avait retenu la faute de la victime lorsque celle-ci refusait de se soumettre à des soins bénins de nature à diminuer l'ampleur de son préjudice. La Cour avait décidé que, s'il n'était pas possible de reprocher à la victime de ne pas vouloir subir une intervention importante afin de réduire son préjudice, celle-ci adoptait un comportement fautif dès lors qu'elle refusait une intervention bénigne qui aurait pu améliorer son état et diminuer son dommage⁸¹⁷.

311. Jusqu'à l'arrêt du 19 juin 2003, la victime n'était tenue de se soumettre à aucun acte de soins, que celui-ci soit conséquent ou non. La Cour de cassation confirmait donc son attachement à au principe de la réparation intégrale du dommage. Cette position se rattachait à différents principes du droit français :

⁸¹⁵Cass. civ. 19 juin 2003, Bull. Civ. 2, n°203, p. 171 et s ; JCP G 2003. I. 2427 et 2428 ; Gaz. Pal. 9 oct. 2003, p 9. note E. ROSENFLED et Ch. BOUCHEZ ; Dr et Patr. nov. 2003, n°3376 et 3377, obs. F. CHABAS ; JCP 2004. I. 101, p18 et s., obs. G. VINEY ; RTD civ. 2003. 716, obs. P. JOURDAIN

⁸¹⁶Cass. civ. 2^{ème}, 19 mars 1997 ; D. 1997. 106 ; RTD Civ. 1997. 632, obs. J. HAUSER, ; RTD Civ. 1997. 675, obs. P. JOURDAIN ; Droit et Patr., 1997. 1713, p. 97, obs. F. CHABAS ; JCP G 1997.1.4070 ; obs. G. VINEY

⁸¹⁷A. LAUDE, « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français? » ; LPA, 20 nov. 2002, n° 232, p. 55

312. Le fait pour une victime de ne pas modérer son dommage, si elle en a la possibilité, doit s'analyser en une faute de cette dernière. Or la faute de la victime concourt à la diminution de la responsabilité de l'auteur du dommage. Pourtant, la doctrine⁸¹⁸ est contre l'idée de retenir une faute de la victime qui n'aurait pas pris toutes les mesures raisonnables pour diminuer son préjudice. En effet, la faute de la victime s'apprécie au moment de la réalisation du dommage. Or le principe de l'obligation de modérer son dommage, impose à la victime de tout mettre en œuvre afin de diminuer celui-ci après sa réalisation. L'hypothèse de la faute de la victime comme justification du principe de la modération du dommage en droit français ne pourrait donc en principe pas être retenue. Pourtant, la décision de 19 juin 2003 est particulièrement rigide car, admettre l'absence d'obligation pour la victime de minimiser son préjudice, est de nature à inciter la victime à l'insouciance et à la négligence, et a pour conséquence d'annuler l'effet de l'exonération partielle normalement attribué à la faute de la victime. D'autre part, il y a un réel risque d'augmenter inutilement le coût de l'indemnisation. Les différents projets de réforme de notre droit de la responsabilité sont d'ailleurs favorables à l'introduction de ce principe de modération du préjudice sauf s'il y aurait atteinte à l'intégrité physique⁸¹⁹.

313. Par ailleurs, le principe de la modération du préjudice est également opposé en droit français au principe du respect de l'intégrité physique du corps humain énoncé par l'article 16-3 du Code civil. En effet, il est impossible en vertu de ce principe, d'obliger une victime à recevoir des soins pouvant améliorer son état de santé. Cette solution qui a pour objet de préserver la liberté individuelle de chacun implique que le juge ne doit pas pouvoir influencer la liberté de la victime d'accepter ou de refuser une opération car celle-ci aurait pour effet de diminuer ses indemnités compensatoires. Elle va également dans le sens de l'article L.1111-4 du Code de la santé publique qui énonce que le consentement du patient doit être recueilli préalablement à tout acte de soins. En principe donc, la possibilité d'obliger la victime à minimiser son dommage et plus particulièrement lorsque celui-ci touche à sa personne, n'est pas envisageable en droit français. Il existe pourtant une jurisprudence favorable à l'introduction d'un tel principe dans notre droit positif.

314. Récemment, la Cour de cassation semble moins hostile à l'introduction du principe de la minimisation du préjudice par la victime. En effet, un arrêt de la deuxième chambre civile du 24 novembre 2011 pourrait marquer une évolution en ce sens, la Cour ayant énoncé « *qu'en statuant ainsi, sans caractériser la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

⁸¹⁸P. JOURDAIN et A. LAUDE, « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage? », extrait colloque, LPA, 20 nov. 2002 n°232

⁸¹⁹Rapport CATALA sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 du Code civil), déposé en septembre 2005, art. 1373 ; Rapport L. BÉTEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 26 juillet 2007, (art. 1386-26) ; rapport TERRE, « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile », Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011

315. Si au regard des faits, l'arrêt ne semble nullement remettre en cause la jurisprudence des arrêts de 2003, à y regarder de plus près, en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé la faute de la victime, l'arrêt pourrait admettre implicitement que cette faute aurait pu exister, ce qu'il appartenait à la cour de renvoi de rechercher.

316. Pour la Cour de cassation, la faute pourrait être caractérisée par l'absence de recherche par la victime, d'un autre assureur, ce qui aurait évité une privation de jouissance du véhicule. La recherche d'un autre assureur s'entend presque, d'une obligation. Ainsi, par induction, on en vient à la conclusion que, sans le dire ouvertement, l'arrêt admet l'obligation de minimiser son préjudice et renonce à la position antérieure de la Cour de cassation, par le canal de la sanction de la « faute de la victime »

317. Bien que l'arrêt soit rendu en matière contractuelle, au visa de l'article 1147 du Code civil, rien ne justifie que l'obligation soit cantonnée à cette matière. Ainsi, il n'y aurait pas de faute à refuser des soins améliorants la santé d'un individu, dans la mesure où ils impliqueraient une atteinte à l'intégrité physique qui est un droit sacré de la personne humaine. Cependant il pourrait y avoir faute à ne pas prendre des mesures purement matérielles si elles sont de nature à limiter un dommage corporel. En somme ce n'est pas tant la nature corporelle du préjudice qui impose la mise à l'écart de l'obligation de minimisation que l'atteinte au corps humain qui résulterait des mesures à prendre⁸²⁰.

318. Au vu des dernières évolutions jurisprudentielles, le droit français semble prêt pour la mise en place d'un principe équivalent à la « *mitigation* » américaine. Un groupe de travail présidé par M. Pierre Catala a ainsi proposé la consécration en droit français de l'obligation de diminuer le dommage et a suggéré que le juge puisse tenir compte de la possibilité qu'avait la victime de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, afin de réduire son indemnisation. Mais si le projet n'a pas évoqué l'application du principe pour les dommages corporels, il apparaît que cette possibilité n'est pas irréalisable⁸²¹.

319. La mise en œuvre d'un tel principe serait de nature à remettre en cause, dans les textes, le principe de la réparation intégrale en droit français. Il apparaît toutefois que ce principe connaît d'ores et déjà des exceptions dans les faits, notamment en raison de la présence de dommages et intérêts punitifs « officieux ».

⁸²⁰H. ADIDA-CANAC, « Mitigation of damage : une porte entrouverte ? », D.2012.141 ; G. Le NESTOUR DRELON, « Quid de l'obligation de minimiser son propre dommage ? », Lamy droit civil, n° 90, fév. 2012, Actualités, n° 4547, p. 20-21.

⁸²¹Article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations.

II. **Appréciation critique du principe de la réparation intégrale en droit français**

320. Le principe de la réparation intégrale ne semble désormais plus adapté à la réparation du préjudice résultant d'une faute ou d'une erreur médicale (1). Bien souvent en effet, sous couvert de ce principe, les juges n'hésitent pas à indemniser au-delà de la délimitation qui leur est imposée, et pratiquent dès lors une forme de condamnation à des dommages et intérêts punitifs (2).

1. *La fonction dépassée de la réparation intégrale*

321. Le principe de la réparation intégrale présente de nombreux avantages qu'il convient toutefois de nuancer. Pour la Cour de cassation, « le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »⁸²². Par cette formule, le droit permet d'effacer le dommage de la victime en imposant à l'auteur une réparation appropriée, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir « ni perte, ni profit »⁸²³. Le principe de l'indemnisation intégrale permet une indemnisation souple, qui s'adapte plus facilement aux progrès techniques et aux finalités sociales de la réparation⁸²⁴. Le principe permet ainsi la prise en compte de différents facteurs dans l'indemnisation du préjudice tel l'inflation, le coût des nouvelles techniques médicales...

322. Pour autant, les dommages et intérêts servent moins à réparer qu'à compenser le préjudice notamment lorsqu'il s'agit de la réparation du préjudice moral. Compenser intégralement ce type préjudice n'a en effet pas vraiment de sens, car il très difficile à évaluer dans son intégralité : sur quelle base peut-on en effet procéder à une indemnisation du préjudice moral ? Son appréciation est beaucoup trop subjective.

323. En matière de préjudice corporel également, les juges du fond sont souverains dans l'appréciation du dommage et dans les modalités de sa réparation. L'intime conviction ainsi que la motivation de la décision sont les deux facteurs du droit à l'indemnisation. L'évaluation du dommage ne procède d'aucune méthode rigoureuse et son calcul échappe d'ailleurs complètement au contrôle de la Cour de cassation⁸²⁵.

⁸²²Cass. civ.2^{ème}, 28 oct. 1954, Bull. civ. 2. 328 ; JCP 1955.2. 8765 ; RTD civ. 1955. 324, obs. H. et L. MAZEAUD

⁸²³Cass. Civ. 2^{ème}, 9 nov. 1976, no 75-11.737, Bull. civ. 2, no 302 ; Cass. Civ.2^{ème}, 23 janv. 2003, n 01-00.200, Bull. civ. 2, n°20, D. 2003, IR 605 , JCP 2003. 2. 10110, note J.-F. BARBIERI

⁸²⁴ A titre d'exemple, le principe de la réparation intégrale permet de prémunir les victimes contre les risques de l'inflation.

⁸²⁵Cass. civ. 2^{ème}, 15 déc. 1986, D. 1987. 450.

324. Le principe perd alors toute réalité de signification et sa mise en œuvre se heurte à de nombreuses difficultés même si le juge doit se conformer à la règle de l'évaluation du dommage au jour du jugement⁸²⁶, celui-ci n'étant pas constitutif du droit à réparation de la victime, mais déclaratif, de sorte que sa créance de réparation naît dans son principe au jour de la réalisation du dommage⁸²⁷.

325. Enfin si le principe de la réparation intégrale est satisfaisant pour la victime, elle l'est en revanche moins, pour l'auteur du dommage voire même pour la collectivité. En effet, peu importe que la faute soit légère ou une simple erreur d'homme, l'intégralité de la réparation n'en est pas moins amortie. Selon Messieurs Mazeaud et Tunc, il est « souverainement injuste de ne pas accorder à la victime une réparation complète sous le prétexte que le responsable a seulement commis une faute légère »⁸²⁸. La réparation intégrale ne prend donc en compte que l'ampleur du dommage subi et non la gravité de la faute commise, sa nocivité, le profit tiré par le responsable, la contribution de la victime, ses besoins réels etc. Dès lors, la gravité de la faute n'a en principe aucune conséquence sur l'engagement de la responsabilité du médecin puisqu'une simple erreur suffit à retenir la responsabilité de celui-ci⁸²⁹.

326. La réparation intégrale ne prend pas non plus en compte la part de risque que chacun doit assumer quand il fait appel à un service quel qu'il soit. En matière médicale par exemple, le seul risque de l'échec d'une opération ne peut pas être assuré pleinement par celui qui l'a réalisé. D'autres facteurs, autre que l'erreur, peuvent interférer et jouer un rôle dans le résultat (aléa thérapeutique par exemple). Mais pour les victimes, peu importe la survenance, d'évènements extérieurs, il faut trouver un responsable et surtout obtenir l'indemnisation des préjudices subis. Pour compenser l'absence de prise de risque, la société fait de plus en plus appel à des assurances dont le coût est indéniablement, davantage supporté par la collectivité. L'assurance de l'auteur prend alors le relais, et c'est de toute évidence, cette dernière qui a permis au principe de la réparation du préjudice, de prendre une telle ampleur. Cependant, le prix de la sécurité des victimes devient de plus en plus élevé pour l'ensemble du corps social⁸³⁰.

⁸²⁶Cass. civ. 2^{ème}, 27 juin 1984, D. 1985. 321, note Y. CHARTIER

⁸²⁷Cass. civ., 2e sect., 12 mars 1963, RGAT 1963, p. 487. La jurisprudence administrative va dans le même sens, G. MORANGE, « L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives », D. 1951, chron. p. 61.

⁸²⁸H. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 3, vol. 1, 1978, Montchrétien, 6^{ème}ed.

⁸²⁹J.PENNEAU : « Faute et erreur en matière de responsabilité médicale », LGDJ, 1973, p.9.

⁸³⁰G. VINEY, « La responsabilité : conditions », RID comp., 1982, vol. 34 n°4, pp. 1329-1330

2. La pratique officieuse des dommages et intérêts punitifs

327. Au-delà de la réparation intégrale du préjudice, le droit américain permet à la victime d'obtenir, en plus des dommages et intérêts compensatoires, des dommages et intérêts punitifs (a). Cette règle, en principe prohibée en France, est toutefois pratiquée dans les faits, par les juges (b).

a) La règle de l'attribution des dommages et intérêts punitifs en droit américain

328. Les dommages et intérêts punitifs sont apparus en Angleterre, à la fin du XVIII^{ème} siècle. Ils avaient pour but de punir l'auteur d'un dommage et de le dissuader de reproduire l'acte fautif. Ils excèdent la simple réparation du préjudice et représentent une véritable sanction. En effet, le montant de la somme versée se veut dissuasif afin de prévenir certains comportements abusifs et déloyaux. Le rôle des dommages et intérêts punitifs est donc plus préventif que réparateur. Il ne s'agit plus de compenser le préjudice mais bien de punir un acte considéré comme fautif. Dès lors, la nature du dommage justifiant l'octroi des dommages et intérêts punitifs est souvent variable et imprécise. Le supplément de condamnation qui pèse sur le responsable est un moyen d'accroître la sévérité et donc le caractère dissuasif des dommages et intérêts compensatoires. Ainsi, selon une jurisprudence *Adams c/ Murukami*⁸³¹, le montant des dommages et intérêts punitifs doit être proportionné au patrimoine du médecin et non à la gravité de la faute, de façon à ce que l'effet recherché soit dissuasif sans être excessif. A cet égard, les juges n'hésitent pas dans certains cas à revoir les dommages et intérêts punitifs à la baisse lorsqu'ils considèrent que ceux-ci sont en trop grand déséquilibre avec les dommages et intérêts compensatoires⁸³².

329. Les dommages et intérêts punitifs assurent ainsi diverses fonctions. Dans un arrêt *Cooper Industry v. Leatherman Tool*⁸³³, rendu par la Cour Suprême des États-Unis, le juge John Paul Stevens rappelle ainsi que les dommages et intérêts punitifs expriment d'abord la réprobation et l'indignation sociales. Ils canalisent le désir naturel et légitime de vengeance de la personne lésée et sont, à ce titre, parfois qualifiés de « *vindictive damages* ». D'autre part, les dommages et intérêts punitifs donnent à la victime une satisfaction morale en la restaurant dans ses droits bafoués. L'action civile a en effet des vertus thérapeutiques plus importantes que le droit pénal. Une action au civil est initiée et contrôlée par la victime tandis qu'en droit pénal, l'acteur essentiel est le Ministère Public.

⁸³¹Etats-Unis, *Adams v/ Murakami*, 284 Cal. Rptr. 318, 813 P. 2d. 1348. (Cal. 1991)

⁸³²Etats-Unis, STUART, SPEISER and other, *The American Law of Torts*, vol 1, Rochester N.Y, Lawyers Cooperative Publishing Co., 1983, pp 144-145

⁸³³Etats-Unis, *Cooper industries, Inc. v/ Leatherman Tool Group Inc*, 532 US 424 (2001); « Although compensatory damages and punitive damages are typically awarded at the same time by the same decisionmaker, they serve distinct purposes. The former are intended to redress the concrete loss that the plaintiff has suffered by reason of the defendant's wrongful conduct. The latter, which has been described as quasicriminal, operate as private fines intended to punish the defendant and to deter future wrongdoing. A jury's assessment of the extent of a plaintiff's injury is essentially a factual determination, whereas its imposition of punitive damages is an expression of its moral condemnation ».

330. Dès lors, une action en dommages et intérêts punitifs permettrait à la victime de défendre publiquement sa version des faits et d'infliger une punition qui lui revient directement et qui n'est pas octroyée à l'Etat sous la forme d'une peine d'amende par exemple. Le but est donc de donner une coloration quasi-pénale à des actes qui, bien que qualifiés de torts au sens du droit civil, gardent un caractère répréhensible.

331. Des conditions strictes à la mise en œuvre des dommages et intérêts punitifs sont cependant nécessaires. Le fait dommageable doit en effet revêtir un caractère « particulièrement répréhensible ». Ainsi, seul un médecin ayant eu un comportement particulièrement insouciant, malicieux, vindicatif ou oppressif peut être condamné à des dommages et intérêts punitifs⁸³⁴.

332. Le critère du comportement particulièrement répréhensible fut mis en lumière par l'arrêt *Edwards c/ Our lady of Lourdes Hospital* de 1987. En l'espèce, il a été considéré que « dans les cas d'action en responsabilité médicale comme dans les actions en réparation en général, il faut déterminer s'il y a eu un comportement suffisamment aggravé et contraire aux intérêts du demandeur incluant un mauvais motif ou une indifférence flagrante, pour justifier la sanction spéciale de dommages et intérêts punitifs »⁸³⁵. C'est le cas du médecin qui fait le choix d'une thérapeutique dont le coût s'avère plus élevé pour le patient alors qu'une technique moins onéreuse lui aurait été tout aussi efficace. Le fait pour un médecin, de faire passer ses intérêts économiques avant la santé de son patient constitue un comportement particulièrement délibéré susceptible de donner lieu à la condamnation de dommages et intérêts punitifs⁸³⁶. Les Juges ont également considéré qu'un médecin devait être condamné à des dommages et intérêts punitifs lorsque celui-ci, conscient de la nécessité d'hospitaliser un enfant, n'a pas jugé bon de le faire admettre à l'hôpital car il n'existait pas entre lui et l'établissement de privilège d'admission (avantages pécuniaires pour le médecin lors de l'admission de patient)⁸³⁷. Dans une autre affaire, un médecin fut condamné à payer à sa victime des dommages et intérêts punitifs car il avait utilisé un flacon de silicone dont l'étiquette portait la mention « *not for human use* » pour remodeler les seins de sa patiente⁸³⁸.

333. Le droit américain constitue un terrain particulièrement fertile au développement des dommages et intérêts punitifs. Il repose en effet, sur un système de droit jurisprudentiel où aucun texte ne vient limiter le rôle et le montant des dommages et intérêts qui peuvent être octroyés à la victime d'un préjudice. Par ailleurs, la Constitution fédérale reconnaît le principe de la souveraineté des États fédérés qui ont chacun leur propre système de droit. Chaque État est donc libre d'organiser son droit des torts, sa procédure et le rôle des dommages et intérêts.

⁸³⁴Etats-Unis, Pennsylvania, Restatement of Torts, Section 908 (b)

⁸³⁵Etats-Unis, *Edward v/ Our Lady of Lourdes Hospital*, 217 N. J. Super. 448, 526 A. 2d242 (N.J. Super A.D. 1987)

⁸³⁶Etats-Unis, *Gunthorpe v/ Daniels*, 150 Ga. App. 113, 257 S.E. 2D 199 (1979)

⁸³⁷Etats-Unis, *Hoffmann v/ Memorial Osteopathic Hospital*, 342 Pa. Super, 375, 492 A2d. 1382 (1985)

⁸³⁸Etats-Unis, *Short v/ Downs*, 36, Colo, App. 109.537 P. 2d. 754. (1975)

334. Enfin dans la *Common law*, le rôle du juge n'est pas de rechercher exclusivement l'application stricte d'une règle de droit lorsqu'il rend sa décision. Il interprète le droit en fonction de l'évolution des mœurs et de la société. Le rôle du juge est aussi d'éduquer et de servir l'économie. Or, les dommages et intérêts punitifs, par leur rôle de dissuasion, ont un aspect à la fois éducatif et économique⁸³⁹.

335. Contrairement au droit américain, le droit français interdit la condamnation de l'auteur d'un acte fautif à des dommages et intérêts punitifs, conformément au principe de la réparation intégrale. Pourtant, il s'avère que ces derniers existent pourtant officiellement.

b) L'attribution déguisée des dommages et intérêts punitifs en droit français

336. Alors même que domine en droit français, le principe de la réparation intégrale et qu'une partie de la doctrine soit farouchement opposée à l'introduction des dommages et intérêts punitifs⁸⁴⁰, la responsabilité civile connaît ces dernières années, une certaine évolution, notamment dans sa fonction de peine privée⁸⁴¹. Ainsi selon Boris Starck, la responsabilité civile serait investie d'une double fonction de « garantie » et de « peine privée »⁸⁴², et comme le souligne Stéphane Piedelièvre, « on ne peut nier aujourd'hui que le droit de la responsabilité revêt parfois un caractère « sanctionnateur » que ce soit de manière avouée ou inavouée »⁸⁴³.

337. Dès lors, bien que les dommages et intérêts punitifs ne soient pas expressément intégrés dans l'ordre juridique français on observe qu'ils peuvent trouver leur équivalent par l'intermédiaire de différents mécanismes. Monsieur le professeur Denis Mazeaud a ainsi souligné que le droit de la responsabilité civile comportait déjà des aspects punitifs qui s'exprimaient au travers, d'une part, du régime de la clause pénale⁸⁴⁴, qui peut conduire l'auteur d'un dommage à payer des sommes dépassant la simple indemnisation du préjudice subi et, d'autre part, les facultés de condamnation sous astreinte au versement de l'indemnité réparant le préjudice⁸⁴⁵. Ces dispositifs, bien que différents des dommages et intérêts punitifs, s'en rapprochent néanmoins de par leurs modes de sanctions respectifs.

⁸³⁹Etats-Unis, S. C., Symeonides, *Private International law at the End of the 20th Century: Progress or Regress ?*, Kluwer Law International 2000, p. 430. A propos du contexte économique, moral et politique qui explique le rôle des dommages punitifs dans le droit des Etats-Unis.

⁸⁴⁰A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale, Contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382 et 1383 du Code civil et des articles 319-320 du Code pénal*, LGDJ, Thèse, 1966. Selon A. PIROVANO, si une réparation supérieure était possible « la victime ne manquerait jamais, si une telle possibilité lui était offerte et quelque puisse être la culpabilité de l'auteur, d'ajouter au montant de sa demande un supplément au titre de la peine privée, uniquement en vue d'obtenir une indemnité plus forte ».

⁸⁴¹S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Thèse, 1995

⁸⁴²B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, Thèse, 1947 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, Thèse, 2005,

⁸⁴³S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, Resp. civ. et assur., n° 6 bis, juin 2001, p. 68.

⁸⁴⁴C. civ. art. 1152, Une disposition contractuelle peut prévoir le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de violation d'une obligation par le cocontractant.

⁸⁴⁵Voir les articles 33 et s. de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

338. Par ailleurs, en pratique les tribunaux n'hésitent pas à condamner certains auteurs à des dommages et intérêts très importants, le poids de l'indemnité étant supporté la plupart du temps par un assureur. Ainsi, en matière médicale, La Cour de cassation a souvent rappelé que l'indemnité devait être calculée en fonction de la valeur du dommage sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de la réparation. C'est d'ailleurs le plus souvent, à travers la réparation du préjudice moral que le juge cherche à punir. En matière de préjudice corporel, l'indemnisation de préjudice moral est particulièrement difficile à évaluer. Elle est laissée à la libre appréciation du juge qui n'hésite pas à réparer au-delà de ce que la nécessité et la morale préconise.

339. De même, le caractère difficilement chiffrable de certains préjudices donne aux juridictions la possibilité d'alourdir, le cas échéant, les dommages et intérêts dus à la victime, en considération d'un comportement particulièrement fautif, et ce d'autant plus que l'évaluation du préjudice relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur lequel la Cour de cassation s'interdit d'exercer un contrôle⁸⁴⁶. Aussi, comme l'a souligné M. Alain Bénabent, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les condamnations au titre des frais irrépétibles, dans le cadre d'un procès civil en application de l'article 700 du code de procédure civile, sont souvent utilisées par les tribunaux dans un but de sanction de l'auteur du dommage⁸⁴⁷.

340. Récemment, en droit international privé, le juge national a d'ailleurs reconnu la justification des dommages et intérêts punitifs. La Cour de cassation a ainsi admis le principe d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs qui n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, à la condition que le montant alloué ne soit pas disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur⁸⁴⁸.

341. La tendance pour la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs en droit français se fait de plus en plus sentir, non seulement par la doctrine mais également par la jurisprudence. Cette tendance semble résulter du constat que le droit actuel de la responsabilité civile n'assurerait pas une prévention suffisante des comportements volontairement dommageables aux tiers, comportements par ailleurs non sanctionnés, ou de manière peu satisfaisante, par le juge pénal.

⁸⁴⁶Cass. civ. 23 mai 1911, DP 1912. I. 421

⁸⁴⁷« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation »

⁸⁴⁸Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2010, RTD civ. 2011 ; 317, obs. REMY-CORLAY

342. En ce sens, le groupe de travail présidé par M. Pierre Catala a proposé une disposition de portée générale autorisant largement le prononcé de dommages et intérêts punitifs. Le texte proposé permettrait au juge de décider de dommages et intérêts punitifs à l'encontre de l'auteur d'une faute « *manifestement délibérée* », et notamment d'une « *faute lucrative* », la décision du juge d'octroyer de tels dommages et intérêts devant être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages et intérêts accordés à la victime.

343. Il donne au juge la faculté de faire bénéficier le Trésor public d'une partie des sommes retenues dans le cadre de la condamnation à des dommages et intérêts punitifs et prévoit que ceux-ci ne sont pas assurables. Mme Geneviève Viney, professeur émérite à l'université de Paris 1 et rédacteur de la partie de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription consacrée à la responsabilité civile, a expliqué que le but de cette disposition était « *d'ouvrir prudemment* » la voie à l'octroi de dommages et intérêts punitifs en droit français.

SECTION III. **VERS UNE NOUVELLE APPRECIATION DE LA NOTION DE REPARATION DU PREJUDICE EN DROIT FRANÇAIS**

344. Proposer une redéfinition de la faute médicale entendue au sens subjectif du terme ne peut aller sans une nouvelle interprétation de la notion de préjudice.

345. Il a en effet été avancé que le médecin, en tant que professionnel, ne pouvait pas assumer seul, les risques inhérents à sa profession c'est à dire les erreurs que n'importe quel professionnel de même spécialité serait susceptible de commettre dans les mêmes circonstances. En ce sens une faute involontaire et non délibérée, c'est à dire pour laquelle le médecin a pris toutes les précautions afin qu'elle ne se réalise pas, ne peut pas engager sa responsabilité. Pour autant, il serait profondément injuste que la victime ne soit pas indemnisée des préjudices qu'elle a subis du fait d'une simple erreur médicale. Cette dernière ne doit pas non plus supporter la charge du risque inhérent à une telle activité.

346. Il convient donc de trouver un juste équilibre entre la responsabilité du médecin et l'indemnisation de la victime permettant à l'un comme l'autre de ces acteurs de ne pas supporter la charge importante de l'indemnisation. En effet, le médecin doit pouvoir exercer correctement son activité, conformément aux règles de l'art et sans perpétuellement craindre la mise en cause de sa responsabilité du fait d'un accident inhérent à sa profession. Par ailleurs, la victime doit se responsabiliser vis à vis de son propre préjudice. Elle ne doit pas se laisser aller par l'appât du gain de l'indemnisation et doit pouvoir en limiter le montant lorsqu'elle en a la possibilité. L'indemnisation du dommage corporel doit donc nécessairement passer par une prise en charge sociale du risque (§1) mais aussi par l'introduction en droit français du *duty to mitigate* (§2).

§1. La nécessaire prise en compte sociale du risque

347. Il a été démontré qu'une distinction devrait être opérée entre les différentes catégories de faits dommageables susceptibles d'engager la responsabilité d'un professionnel de santé. A cet égard, une différenciation doit être opérée entre les simples erreurs inhérentes à l'activité, telle la méprise, l'inadvertance, l'inattention... et les fautes caractérisées.

348. Dans le cas d'erreur totalement ordinaires, il serait en effet particulièrement injuste de faire supporter au seul médecin seul le risque inhérent à la médecine. La solidarité nationale se doit dès lors de prendre le relais d'une responsabilité simplement fondée sur le risque inhérent à l'activité. Néanmoins, cette prise en compte sociale du risque doit être différenciée des actes de négligences qui doivent quant à eux rester à la charge de l'assurance responsabilité civile médicale. Il est en effet indispensable de combiner le principe de l'assurance à celui de la solidarité nationale afin de rééquilibrer les rapports entre les médecins et leurs patients.

349. La socialisation du risque se définit comme « *une pénétration de l'idée de solidarité nationale dans la responsabilité publique* »⁸⁴⁹ dont le but est d'imputer progressivement la réparation du préjudice à une personne publique étrangère, mais pour lequel elle reste compétente. Ce principe est reconnu constitutionnellement par le douzième alinéa du Préambule de 1946 au terme duquel « la solidarité de tous les Français devant les charges publiques résultent de la solidarité nationale ». La demande de sécurité des citoyens s'est en effet accrue ces dernières décennies, alors même que dans la vie quotidienne cette sécurité est plus grande et qu'il existe des risques sociaux dont il serait injuste de ne pas partager la charge⁸⁵⁰.

350. Une nouvelle catégorie de risques est apparue sous le terme de « *risques systémiques* ». Ces risques ne sont pas seulement dus à des causes imprévues, comme des catastrophes naturelles par exemple, mais ont une origine humaine identifiable. En matière de responsabilité médicale plus que dans n'importe quel autre domaine, il existe des risques générés par l'homme (le médecin), qui ne résultent pas toujours de son fait fautif et qu'il est possible de qualifier d'erreur, mais dont lui seul ne devrait pas supporter l'entière responsabilité. Les erreurs inhérentes à l'activité de soins qui résultent de la profession plus que de l'homme, devraient alors être supportées par la collectivité. L'activité médicale fait en effet partie de la mission de service public assurée l'Etat. Il paraît donc juste que la collectivité assure l'indemnisation des dommages provoqués par une telle activité à risque. Or, si tel est déjà le cas pour les fautes commises au sein d'un hôpital public, tel n'est pas le cas du secteur privé qui répond pourtant lui aussi à une mission de service publique. Une loi pourrait donc être attendue en ce sens⁸⁵¹.

⁸⁴⁹R. GARNIER, « Les fonds publics de socialisation des risques », JCP G. 2003.I. 143

⁸⁵⁰V. BOCCARA, « Pour une socialisation du risque raisonné », LPA, n°243, 7 déc. 2007, p. 4. Comme chaque année; la deuxième partie du rapport du Conseil d'Etat est consacrée à une étude. Le thème traité au cours de l'année 2005 fut « Responsabilité et socialisation du risque ».

⁸⁵¹CE. 29 nov. 1968, Rec. p. 676 et Rec. p. 607. Par deux fois, le Conseil d'Etat a jugé que le principe de la solidarité nationale, non relayé par une loi en assurant l'application, ne saurait servir de fondement à une action en indemnité.

351. Si la loi du 4 mars 2002 a instauré un dispositif d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, le législateur en a toutefois limité son étendue aux risques les plus graves. Il résulte en effet de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique que la solidarité nationale ne prend en considération que les dommages les plus graves et les plus importants issus d'actes de prévention de diagnostic ou de soins. La prise en compte de l'ensemble des préjudices consécutifs à des erreurs médicales, par la solidarité nationale paraît donc difficile en principe, d'autant que le critère de l'indemnisation du préjudice concerne la gravité de celui-ci et non la gravité de l'acte préjudiciable. Les erreurs ou les fautes peuvent donner lieu à des préjudices plus ou moins graves. La qualification d'erreur ou de faute est, comme il a déjà pu être précisé, indifférente de la gravité du préjudice. L'identification de l'erreur est fonction d'une appréciation objective de la faute médicale. Elle est avant tout celle de la profession.

352. Pourtant, afin de rééquilibrer les rapports médecin-patient, il ne paraît pas judicieux de faire supporter au médecin la charge d'indemnisation des dommages consécutifs aux erreurs médicales. C'est à la solidarité nationale que devrait revenir la tâche d'indemniser les conséquences dommageables non souhaitées d'un acte médical. Cette possibilité n'existe cependant pas en l'état.

353. L'enjeu est aujourd'hui de trouver un juste équilibre entre l'intervention du législateur et le recours à l'assurance et aux fonds d'indemnisation, l'objectif étant d'arriver à une socialisation du risque raisonné comme l'avait préconisé la Conseil d'Etat dans son rapport de 2005⁸⁵². Le pouvoir législatif pourrait alors intégrer dans le dispositif de règlement des litiges instauré par la loi du 4 mars 2002 une disposition relative à la possibilité d'une prise en charge sociale des simples erreurs médicales, inhérentes à la profession. Il en résulterait une forme de tranquillité pour les médecins qui n'auront plus à se cacher derrière la pratique d'une médecine défensive afin de minimiser leur responsabilité. Ainsi, les erreurs, quand elles sont de nature non intentionnelle et non caractérisée ne seront plus à la charge du médecin mais à la charge de la collectivité.

354. Il serait par ailleurs important de répartir les risques entre les différents acteurs de système de l'indemnisation du dommage corporel afin de trouver un fonctionnement plus équilibré. Le médecin comme le patient profitent d'une activité socialement utile. Or cette activité ne peut se développer et étendre ses bienfaits sans risques. Pour autant, le patient, placé au cœur de ce dispositif, joue un rôle très important dans la mise en œuvre de la réparation de son préjudice. Il ne doit pas être considéré comme un acteur passif. Il semble important de le faire participer à la réparation de son préjudice et de lui faire prendre conscience des risques que cette activité comporte. La victime ne doit plus être considérée comme passive par rapport à l'accident, mais, au même titre ou presque que l'auteur du dommage, comme un véritable sujet⁸⁵³. Le déplacement d'une partie de la charge de réparation vers la victime s'impose donc logiquement.

⁸⁵²V. BOCCARA, « Pour une socialisation du risque raisonné », LPA, n°243, 7 déc. 2007, p. 4.

⁸⁵³F. EWALD, *L' Eat Providence*, GRASSET, 1986, p. 537

355. L'implication de la victime dans la réparation de son préjudice pourrait, dès lors, passer par l'introduction en droit français du principe de la minimisation du dommage, *duty to mitigate*, du droit américain.

§2.L'introduction souhaitable du principe de la minimisation du préjudice

356. Si le principe de la minimisation du dommage se heurte à plusieurs obstacles tels que le principe d'une réparation intégrale du préjudice et l'inviolabilité du corps humain, il existe cependant une hypothèse qui permettent d'ouvrir le droit français à la modération du préjudice : il s'agit de la faute de la victime. C'est notamment le cas de la faute de la victime qui doit en principe conduire à un partage de responsabilité entre cette dernière et l'auteur de l'acte dommageable. Dans ce cas en effet, le fait de la victime entre en concours avec le fait du débiteur. L'auteur du dommage pourra être exonéré partiellement et la victime pourra se voir en partie dédommée pour le préjudice qu'elle a subi. Cette hypothèse a pour effet d'assouplir la responsabilité de la personne fautive.

357. Pourquoi dès lors ne pas assimiler la faute de la victime à l'absence de modération du préjudice ? Si cela est envisageable, il semble pourtant qu'il faille faire une distinction. Dans le cas de la possibilité pour la victime de modérer son dommage, le but recherché n'est pas de limiter la responsabilité du défendeur mais de responsabiliser la victime vis à vis de l'indemnisation de son préjudice. Il s'agit donc d'une faute totalement distincte de celle concourant à la réalisation du dommage, ne serait-ce que parce qu'elle ne se réalise pas au même moment.

358. La passivité de la victime peut contribuer à l'aggravation de l'étendue du dommage et elle doit être sanctionnée pour cela. Cette passivité exprime une véritable volonté de profiter du système d'indemnisation sans fournir le moindre effort. En ce sens DEMOGUE avait soulevé l'idée que la victime a « *un devoir d'arrêter le dommage (...) Ainsi, à un droit rigide se substitue un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général c'est à dire pour empêcher le dommage de continuer* »⁸⁵⁴. Or la victime qui ne fait rien pour remédier à l'étendue de son préjudice ne contribue pas à son devoir d'arrêter son dommage et ne met pas tout en œuvre pour satisfaire l'intérêt général. Un tel comportement égoïste constitue donc un comportement fautif qu'il convient de sanctionner.

359. Les constatations du corps médical mettent également en lumière la question du manquement à l'obligation de modérer son dommage en cas de refus de soins. Ainsi, le Docteur B. Gauthier, observe que l'idée de réparation engendre des comportements différents selon les catégories de personnes. L'accidenté ordinaire tente de réduire les conséquences de son accident tandis que l'accidenté réparable n'a pas le même état d'esprit. Selon M. Gauthier « le mirage de l'indemnité peut le conduire à la déviance, à la sinistrose »⁸⁵⁵. Ainsi, dans certaines situations le patient peut refléter un comportement anormal nuisible à la société qu'il convient de sanctionner. Il faut alors s'interroger sur la possibilité de sanctionner un tel comportement.

⁸⁵⁴A. ROUSSEAU, *Traité des obligations en général*, T. 4, 1924, n°463 bis

⁸⁵⁵P.Y. GAUTHIER, « De l'influence de la réparation sur l'étendue du dommage réparable », JCP 1972. I. 2461

360. Dans la mesure où la position de la jurisprudence semble interdire toute possibilité de contraindre la victime de minimiser son dommage corporel en vertu de l'article 16-3 du Code civil, il serait opportun d'agir sur le montant de l'indemnisation de la victime. A titre d'exemple, s'il apparaît au vu des expertises, que la victime aurait pu contribuer à la limitation de son préjudice, il serait alors possible pour le juge de réduire l'indemnisation de celle-ci à hauteur de ce qu'elle aurait pu apporter à l'amélioration de son préjudice. Cette solution irait dans le sens du principe connu du droit français selon lequel l'évaluation du préjudice doit se faire au jour du jugement et non pas au jour de sa réalisation comme c'est le cas en droit américain. L'intégration en droit français de la possibilité pour la victime de modérer son dommage corporel serait donc envisageable.

CHAPITRE II

Les effets de la judiciarisation sur l'activité médicale

361. Une indemnisation des accidents médicaux trop importante conduit sans aucun doute à certains effets pervers. Est ainsi touché la nature de l'acte de médical et la profession de médecin elle-même (Section I). Une telle indemnisation conduit également, depuis un certain temps déjà, à un phénomène auquel les Etats-Unis n'ont pas pu échapper, la crise de l'assurance responsabilité civile médicale (Section II).

SECTION I. LA DENATURATION DE L'ACTE MEDICAL

362. La nature de la relation médicale a changé, le patient a cessé d'être inactif. Il est devenu un véritable acteur du système de soins, au cœur du dispositif si bien qu' « *on ne peut plus considérer aujourd'hui le malade comme un être à peu près complètement aveugle, très douloureux et essentiellement passif* »⁸⁵⁶. L'information médicale s'est vulgarisée. Il en résulte un véritable bouleversement dans la relation du patient avec son médecin. Il participe à l'élaboration de son diagnostic et revendique davantage d'information de la part des professionnels de santé. La médecine n'est plus considérée comme une science inexacte mais comme une véritable prestation de service à part entière. Le patient n'a plus les mêmes attentes vis à vis de son praticien, il ne se contente plus d'un simple établissement de diagnostic et de la promesse de ce dernier de tout mettre en œuvre pour arriver à une meilleure fin possible.

363. Le patient veut aujourd'hui un résultat avéré, une guérison. Le médecin a toujours plus d'obligations et le patient toujours plus de droits⁸⁵⁷. La société exige toujours plus de règles pour ne laisser aucune place au risque inhérent à l'activité médicale. La jurisprudence s'est également orientée vers un accroissement des droits des patients en facilitant la mise en œuvre de la responsabilité médicale⁸⁵⁸. Tout cela a eu pour effet de surprotéger le malade et de lui conférer des prérogatives avantageuses jusqu'à devenir un véritable consommateur de soins (§1).

⁸⁵⁶L. PORTES, Rapport et Recommandations, n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche », Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, 12 juin 1998

⁸⁵⁷D. TABUTEAU « L'occultation des devoirs fondamentaux par le discours sur la « nécessaire » responsabilisation des individus », RDSS, 2009. 4

⁸⁵⁸En droit administratif par exemple, les juges exigeaient auparavant la commission d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration hospitalière. Aujourd'hui ils admettent la mise en cause d'une telle responsabilité du fait d'un acte non fautif.

364. La facilité avec laquelle les malades sont capables de faire valoir leur droits devant un tribunal, conduit inévitablement à un phénomène de « judiciarisation » de la médecine et de victimisation du patient (§2). Cet accroissement de la protection des patients a pour objet de développer une pratique bien connue du droit américain, celle de la médecine défensive (§3).

§1. Le glissement de l'acte de soins vers un acte de consommation

365. L'évolution de la relation médicale se lit comme le passage d'un modèle moral paternaliste, bienfaisant, centré sur le bénéfice thérapeutique, à un modèle autonome, centré sur le respect de la liberté des personnes (I). L'abandon progressif du modèle paternaliste et l'accroissement de l'autonomie du patient, favorisent la conception consumériste de la relation médicale (II).

I. La modification de la relation médicale

366. Au milieu du XX^{ème} siècle, la relation médecin-patient reposait sur un mode «paternaliste», fondé sur le principe de bienfaisance à l'égard du malade. Ce dernier était considéré comme un enfant, soutenu et protégé par le médecin auquel il confiait toute la responsabilité de la décision. Le malade faisait confiance au médecin comme un enfant à ses parents. En 1950, dans une conférence à l'Académie des sciences morales et politiques, le président de l'Ordre national des médecins Louis Portes disait d'ailleurs que « *tout patient est et doit être pour lui (le médecin) comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper, un enfant à consoler, non pas à abuser, un enfant à sauver, ou simplement à guérir* »⁸⁵⁹. Dès lors, concluait-il, «*tout acte médical normal n'est, ne peut être, ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience* ». Dans cette conception de la relation médecin-patient, la recherche d'un consentement pouvait apparaître comme contraire au principe de bienfaisance, voire même comme une nuisance et un refus d'engagement moral, un abandon de responsabilité⁸⁶⁰. Dès lors les décisions appartenaient aux médecins dans leurs consciences professionnelles, protectrices et responsables.

367. La conception du consentement du patient et sa place dans la relation de soins devait cependant évoluer. Ainsi, les années 1990 marquent un tournant dans la modification de la relation soins.

⁸⁵⁹L. PORTES, *Du consentement du malade à l'acte médical, À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson, 1964, p. 163.

⁸⁶⁰P. VERSPIEREN, « Le malade, sa liberté et le consentement aux soins », *Laennec*, 1983, 31, n° 3

368. Les lois dites « de bioéthique » du 29 juillet 1994, ont ouvert la voie du changement avec le nouvel article 16-3 du Code civil selon lequel il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. En 1995, la circulaire DGS/DH/95 du ministère de la Santé, promulguait par ailleurs les droits des patients dans une charte du patient hospitalisé, insérée dans tous les livrets d'accueil hospitaliers.

369. Le Rapport «Évin» du Conseil économique et social de juin 1996 a également défendu les droits de la personne malade en énonçant le « droit de chacun à être traité dans le système de soins en citoyen libre, adulte et responsable. ». Le ministère des Finances et du Commerce extérieur imposait quant à lui en octobre 1996, l'affichage des prix dans les cabinets médicaux. En octobre 1997 enfin, la revue Sciences et Avenir commençait à publier la «liste noire» de quatre cent soixante-dix-huit établissements à risque. Parallèlement, les jurisprudences judiciaires et administratives réaffirmaient l'obligation pour le médecin, de recueillir le consentement du patient, après l'avoir correctement informé, pour tous les actes de prévention de diagnostic ou de soins. L'ère du consumérisme médical faisait son entrée.

370. Par la suite, le droit des patients a trouvé une valeur législative avec la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Ainsi sont consacrés, le droit à l'information sur l'état de santé, l'information sur tous les risques, sur les alternatives, sur les coûts, le renversement de la charge de la preuve de l'information, la liberté de ne pas savoir, l'accès direct au dossier médical, le respect de soins, la nomination par le patient d'une personne de confiance en cas de risque de ne pouvoir exprimer ultérieurement sa volonté, la création de commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, la création de la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux.....

371. A travers l'ensemble de ces droits, la loi prône une conception individualiste de l'exercice des libertés par le patient et lui reconnaît un pouvoir décisionnel. Le professionnel de santé ne bénéficierait plus que d'un pouvoir de conseil renforcé⁸⁶¹. Les patients ne sont plus de simples acteurs passifs qui font confiance. On assiste aujourd'hui à une remise en cause de ce « paternalisme médical »⁸⁶².

⁸⁶¹B. MATHIEU, « Les droits des personnes malades », LPA 19 juin 2002, n°391 (122), p. 10-18 ; A. GARAY, « Volontés et Libertés dans la relation médecin-malade: la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L 1111-4 du code de la santé publique », RGDM, n°10, 2003, pp. 143-165

⁸⁶²A. LAUDE, « Le consommateur de soins », D. n° 26 du 6 juillet 2000, p 415 à 418

372. L'évolution de la relation médicale traduit un changement de modèle moral. D'un modèle paternaliste, bienfaisant, centré sur le bénéfice thérapeutique, où le pouvoir décisionnel appartient au médecin, nous assistons aujourd'hui à un modèle autonome, donnant priorité au principe de respect de l'autonomie et centré sur le respect de la liberté de la personne, où le pouvoir décisionnel appartient au patient. Dans ce modèle d'autodétermination du patient tel qu'il apparaît aux Etats-Unis, le malade est l'égal du médecin. Il est dans une relation de prestataire de service. La relation devient alors consumériste.

373. L'autodétermination apparaît dans l'éthique médicale dès 1914, dans la décision judiciaire *Schloendorff v. Society of New York Hospital*⁸⁶³ affirmant que « *tout adulte sain d'esprit a le droit de disposer librement de son corps* ». Mais le modèle autonomiste va surtout s'imposer dans les années 1970, en particulier à la suite d'une mise en question du pouvoir médical par la dénonciation de certains scandales dans la recherche. L'article de Henri Beecher⁸⁶⁴, en 1966, dans le *New England Journal of Medicine* révélant divers scandales et dénonçant les pratiques inacceptables de certains chercheurs, ainsi que l'affaire de Tuskegee (patients noirs syphilitiques du groupe témoin laissés sans aucun traitement, sans information) sont des événements fondateurs de ce mouvement.

374. L'importance du principe d'autonomie dans l'éthique médicale a été affirmée par le rapport de la Commission nationale sur la protection de l'être humain dans la recherche, publié en 1978 sous le nom de Rapport *Belmont*⁸⁶⁵. Il fut également une des idées directrices du livre de Tom Beauchamp et James Childress de 1979, *Principles of Biomedical Ethics*⁸⁶⁶. Le principe d'autonomie y est ainsi défini comme tel : « *Respecter l'autonomie, c'est donner leur poids aux opinions et aux choix réfléchis de personnes autonomes capables de réfléchir sur leurs objectifs personnels et de décider d'agir par elles-mêmes conformément à cette réflexion, tout en s'abstenant de faire obstacle à leurs actions* ».

375. En 1982, le rapport de la Commission présidentielle sur les problèmes éthiques de la médecine et de la recherche affirmait « *le droit de l'individu de définir et de poursuivre sa propre vision de ce qui est bon* ».

⁸⁶³Etats-Unis, *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914)

⁸⁶⁴Etats-Unis, H. BEECHER, « *Ethics and Clinical Research* », *New England Journal of Medicine*, Juin 1966

⁸⁶⁵Le 12 juillet 1974, le National Research Act (Loi publique 93348 sur la recherche) crée la Commission nationale pour la Protection des sujets humains dans le cadre de la recherche biomédicale et behavioriste. Une des responsabilités de la Commission consistait à identifier les principes éthiques fondamentaux qui doivent sous-tendre la conduite de la recherche biomédicale et behavioriste concernant des sujets humains, et à établir les directives à suivre dans le but de garantir que cette recherche soit effectuée en conformité avec ces principes. Le rapport Belmont tente de résumer les principes éthiques fondamentaux identifiés par la Commission au cours de ses délibérations. Il représente le résultat de quatre jours de discussions intensives qui se sont déroulées en fév. 1976 au centre de conférence Belmont de la Smithsonian Institution, ainsi que des délibérations mensuelles de la Commission qui ont eu lieu pendant près de quatre ans. C'est une déclaration des principes éthiques fondamentaux et des directives pour aider à résoudre les problèmes éthiques liés à la conduite de la recherche avec des sujets humains. L'Annexe en deux volumes contenant les longs rapports des experts et des spécialistes qui ont aidé la Commission à réaliser cette partie de son objectif, est disponible en publication DHEW, No. (OS) 780013 et No. (OS) 78-0014, mise en vente par le Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office, Washington D.C. 20402.

⁸⁶⁶T. L. BEAUCHAMP and J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, USA, Mai 2008

376. Reposant sur la faculté d'autodétermination de l'individu, le consentement informé reste la règle fondamentale de l'éthique médicale nord-américaine. Les textes législatifs et la jurisprudence traduisent cette évolution. Depuis le 1^{er} décembre 1991 est en vigueur le *Patient Self-Determination Act*⁸⁶⁷, loi qui énonce que, dès son admission dans un établissement de santé, toute personne doit être informée de son droit d'accepter ou de refuser des traitements médicaux ou chirurgicaux. A cette occasion, il peut signer le formulaire de directive prévisionnelle, *advance medical directive*, obligatoirement remis (ainsi que le formulaire de nomination d'un mandataire), afin d'y exprimer ses volontés. L'éthique nord-américaine affirme constamment le droit fondamental *to be left alone*, le droit de *privacy*, le droit de refuser toute intervention d'autrui, même en cas de risque vital. Ainsi, en 1973, l'arrêt Wade⁸⁶⁸ de la Cour suprême, autorisait la légalisation de l'avortement durant le premier trimestre de la grossesse, en se fondant sur le *Right of privacy* de la femme.

377. Le 1^{er} octobre 1976, la Californie promulgua le *Natural Death Act*⁸⁶⁹, loi sur le droit de mourir et l'arrêt des traitements vitaux de réanimation. L'évolution de la jurisprudence se fait dans le sens d'un respect de plus en plus affirmé de l'autonomie pour des refus de soins opposés par des patients. Chacun dispose librement de soi-même⁸⁷⁰. Pourtant, l'affirmation des droits des patients et de leurs autonomies présente des limites morales évidentes. En effet, une obligation de plus en plus pesante de respecter les droits des patients peut conduire à une forme de désengagement. Une relation médecin-patient, fondée sur le respect des procédures, risque de prendre le dessus sur la relation « humaine ». Le caractère consumériste de la relation prend alors tout son sens. Le patient considère le médecin comme un prestataire de service, dont il attend un acte à « risque zéro ». La moindre dérive est le prétexte d'un recours au juge pour demander une compensation financière. Il y a donc danger d'une judiciarisation de l'activité de soins et d'une conception consumériste de la relation médicale. Le respect de l'autonomie n'est plus qu'un prétexte, la relation est dominée par la méfiance et le calcul.

378. Par ailleurs, il faut préciser que l'autonomie du patient américain s'exprime dans un pays qui ne dispose pas d'un système national de protection de la santé. Hormis *Medicaid* (pour les personnes vivant sous un certain plafond de ressources) et *Medicare* (pour les personnes handicapées et celles de plus de 65 ans).

379. Le consentement aux soins est donc également et surtout un consentement à payer les soins, notamment pour les personnes n'ayant pas souscrit à une protection sociale. Dès lors le droit français et le droit américain, en affirmant la liberté de choix du patient, entraîne progressivement celui-ci vers une statut de consommateur de soins. Il devient un malade-sachant, capable de faire des choix rationnels et ayant un rôle dans l'économie de la santé⁸⁷¹.

⁸⁶⁷Patient Self-Determination Act, 101st Congress (1989 - 1990), n° H.R.444

⁸⁶⁸J. MERCHANT « La fragilité de l'arrêt Roe versus Wade - The fragility of the US Supreme Court decision Roe v. Wade », méd. sc., vol. 22, n° 8-9, 2006, p. 773-775.

⁸⁶⁹Washington Text Legislature, Chapter 70.122 RCW NATURAL DEATH ACT, <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=70.122>, consulté le 23 juin 2013

⁸⁷⁰J.C. MINO, « Lorsque l'autonomie du médecin est remise en cause par l'autonomie du patient : le champ hospitalier de l'éthique clinique aux USA et en France », RFAS, juil-sept. 2002, n°56 (3), p. 73-101

⁸⁷¹C. LE PEN, « Patient ou personne malade ? Vers un consommateur de soins responsable », Communication au colloque, La santé : un ressort de la croissance économique, cercle des économistes, 17 mai 2005

II. La notion de consommateur de soins

380. Aux Etats-Unis, il est d'usage de nommer le patient, consommateur de soins. Ce terme fait partie du vocabulaire usuel des professionnels de santé depuis un certain temps déjà. Il fut d'ailleurs repris comme titre officiel de la célèbre revue *Food and Drugs administration*, portant sur la prévention et la promotion de la santé⁸⁷². Comment d'ailleurs nommer autrement, aux Etats-Unis, une personne qui paye, parfois très cher, soit une assurance privée qu'il a choisie, soit directement son médecin.

381. La notion de consommateur de soins est incontestablement liée à celle fournisseur de soins. Elle est devenue un véritable marché gouverné par les règles les règles de même nature. Le glissement est assez pervers. En effet, la santé peut vite devenir une obsession, où l'échec n'est pas vécu comme une inévitable limite d'une science inexacte, mais comme une faute dont le préjudice doit être compensé. La faute et l'erreur médicale deviennent aussi le fonds de commerce d'avocats qui n'hésitent pas à attendre le client à la sortie de l'hôpital. Les procès engagés pour *malpractice* sont en effet très nombreux.

382. En France, l'apparition de la notion de consommateur est beaucoup plus récente mais tout aussi bien implantée. Contrairement aux Etats-Unis, la relation médecin-patient est d'abord fondée sur la confiance et résulte d'un rapport paternaliste. L'absence de la culture de consommation ajoutée l'efficacité de notre système de soins retarde fortement l'avènement de la notion de consommateur de soins. On commence seulement à lire les premiers écrits de la conception consumériste de l'activité de soins en 1986 dans un article de l'hebdomadaire du parti socialiste *L'unité*, datant du 16 mai 1986, s'intitulant « *Faut-il vraiment transformer le patient en consommateur ?* » fait référence à la nature commerciale des prestations médicales. Ainsi, Michèle Basach, ministre de la santé, revendiquait « l'esprit d'entreprise des hôpitaux », ce qui fut clairement critiqué par les professionnels de santé qui redoutaient la remise en cause de la relation de confiance à l'image de l'ultralibéralisme américain.

⁸⁷² <http://www.fda.gov/ForConsumers/default.htm>, consulté le 10 janv. 2012

383. Messieurs Calais-Auloy et Steinmetz ont par la suite qualifié la santé comme un service public à titre onéreux : les usagers y sont ainsi considérés comme des consommateurs pouvant invoquer les règles du droit de la consommation⁸⁷³. La jurisprudence, du Conseil d'État et la Cour de Cassation, va d'ailleurs dans ce sens.

384. La Haute juridiction administrative a ainsi étendu la notion de consommateur à ceux qui ont recours aux services des hôpitaux et des professions médicales ou paramédicales⁸⁷⁴. La Cour de cassation a quant à elle considéré, que le client des professions médicales, devait être assimilé à un consommateur⁸⁷⁵. Cette jurisprudence a été très critiquée, notamment parce qu'elle a introduit implicitement la notion de consommateur de soins dans notre droit et a été révélatrice d'une certaine dérive de la notion plus générale de consommateur⁸⁷⁶. Cette jurisprudence a aussi révélé les risques de cette dérive, notamment celui du développement d'un phénomène de « victimisation » du patient et de l'inadaptation du droit de la consommation à la relation médicale qui est fondée sur la personne et non pas sur un bien⁸⁷⁷.

§2. Vers une judiciarisation de la médecine et une victimisation du patient

385. Le terme « judiciarisation » reflète la modification des rapports entre un médecin et son patient. Il exprime dans la société « un recours fréquent, voire prépondérant, aux tribunaux pour régler des litiges, donc les relations conflictuelles »⁸⁷⁸. Il est révélateur d'une certaine « pression juridictionnelle et conflictuelle », éprouvée par les professionnels de santé à l'égard du poids et de la fréquence des décisions de justice. Le procès devient pour le patient, un moyen facile de faire reconnaître un droit. Plusieurs facteurs communs au droit français et au droit américain sont l'origine de ce phénomène.

⁸⁷³J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, D. 1996, n°2; J-P. CHAZAL, «Le consommateur existe-il? », D. 1997. 260

⁸⁷⁴CE. 27 avr. 1978, cornette de saint cyr, *Contrats, conc. consom.* 1999. 15, obs. G. RAYMOND : « (...) Considérant que l'article L. 113-3 du Code de la consommation s'applique à toutes les activités entrant dans le champ d'application de l'ordonnance du 1er déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, c'est à dire "à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de convention de délégation de service public ». « Considérant que l'obligation d'information du consommateur instituée au premier alinéa de l'article L. 113-3 est mise à la charge de tous les prestataires de services, sans considération du caractère commercial ou libéral de leur activité et concerne notamment les prestations à caractère médical ; que l'arrêté attaqué a donc été légalement pris sur le fondement de l'article L. 113-3 (...) »

⁸⁷⁵Cass. crim., 15 mai 1984, D. 1986. 106, note G. MEMETEAU : « les personnes avec lesquelles le médecin conclut un tel contrat (contrat médical) doivent être considérées au sens de l'article 46 susvisé (art. 46 de la loi du 27 déc. 1973), comme consommateurs desdits services » ; Cass.civ.1^{ère}, 7 oct. 1998 ; JCP.G. 1998, 2, 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS ; D. 1999, jurispr. p. 1455, note S. PORCHY-SIMON

⁸⁷⁶A. LAUDE, *Le consommateur de soins*, D. n° 26 du 6 juillet 2000, p 415 à 418

⁸⁷⁷A. CATHELINÉAU, « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », *Contrats, conc. consom.* 1999. 13.

⁸⁷⁸F. Vignaud; cabinet Salans et associés

386. Ainsi, le mythe du risque zéro en matière médicale a profondément accru le désir de sécurité face à la médecine. Ce mythe résulte d'une évolution profonde de la pratique médicale, d'une révolution thérapeutique qui influence fortement une nouvelle perception de la médecine par un individu. Aujourd'hui, un individu peut récupérer l'usage entier de ses jambes grâce à une prothèse ; des parents ayant des difficultés pour concevoir un enfant, peuvent bénéficier d'une assistance médicale à la procréation ; des opérations chirurgicales se déroulent à cœur ouvert ; des travaux sur le génome humain permettent la découverte sans cesse croissante de nouveaux médicaments, de nouvelles thérapies.... Comment dès lors dans ce contexte, imaginer que la médecine puisse faillir, surtout quand il s'agit de sa propre personne, de sa propre santé ?

387. L'idée de secours a dès lors, progressivement évolué vers celle d'indemnisation. Bien plus, les victimes recherchent aujourd'hui, au-delà de l'indemnisation, une réparation. On assiste à une plus grande prise en compte de la personne dans le contentieux de la responsabilité. L'évolution va dans le sens d'une acception de plus en plus large des préjudices indemnifiables, préjudice matériel, corporel, esthétique, douleur physique et morale, jusqu'à la perte de chance.

388. Le code de la santé publique débute par l'affirmation du droit fondamental à la protection de la santé qui doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de la personne. L'aléa thérapeutique, l'absence de guérison voire l'erreur médicale, ne peuvent pas être acceptés. On assiste peu à peu à un « mouvement de victimisation » relevé dans le rapport du Conseil d'État sur « le droit à la santé »⁸⁷⁹ de 1998, qui conduirait à ce que l'on a appelé « une société de réparation généralisée ». Selon, P. Bruckner notre époque aurait érigé le statut de victime en échappatoire vers lequel se réfugier pour échapper à nos responsabilités⁸⁸⁰. La nécessité d'indemniser à tout prix résulte du refus d'assumer les risques inhérents à l'activité médicale.

⁸⁷⁹Rapport public du Conseil d'État, *Considérations générales sur le droit de la santé* (EDCE, n° 49), Les études du conseil d'État, 1998, p. 320 et s.

⁸⁸⁰P. BRUCKNER, *La Tentation de l'innocence*, Grasset, 1995, p.14

389. Dans son rapport, le Conseil d'État mettait en garde la société contre l'idéologie de la « victimisation », qui cherche « dans tous les aléas et les injustices de la vie une source de financement » et qui « très présente aux États-Unis gagne du terrain en Europe ». La haute juridiction souligne que les progrès dans la protection juridique du patient finiront par conduire à une régression de sa protection sociale. « Désormais, dans les cours de justice, dans les tribunaux, la position de la victime sera la plus désirée et elle sera donc dans tous les cas de figure la plus désirable. Tout le monde voudra se trouver dans cette position »⁸⁸¹. Il semblerait donc que l'on assiste actuellement à une demande de règles nouvelles appuyée sur deux idées : les réclamations des victimes ne cesseraient d'augmenter et les juridictions seraient enclines à élargir les conditions de droit à réparation des victimes. Ainsi, la « victimisation » de l'individu le conduit à compenser son malheur par le versement d'argent en trouvant un responsable.

390. La « victimité » se subjectivise dans le sens où elle prend naissance moins dans un fait objectif et répréhensible, que dans le sentiment d'être blessé⁸⁸². Les juges n'hésitent plus à indemniser de façon irrationnelle le préjudice de victimes d'accidents médicaux. Autant en France qu'aux États-Unis, la société est marquée par une exigence sociale de responsabilité.

391. Aux États-Unis, la particularité de la procédure judiciaire est aussi de nature à favoriser le phénomène de « judiciarisation » de la médecine. L'institution d'un jury, la condamnation à des dommages et intérêts punitifs et les « *class actions* » sont autant de facteurs qui sont de nature à favoriser ou du moins, à inciter les personnes à faire valoir leurs droits devant un tribunal. La particularité du système de protection sociale aux États-Unis est par ailleurs un facteur aggravant de la « judiciarisation ». Si une couverture publique limitée est prévue pour les chômeurs, les personnes âgées et les personnes à faibles revenus, assurée par les programmes Medicare et Medicaid, le défaut de couverture sociale nationale, et le coût très important des assurances médicales privées ne peuvent qu'inciter à dénaturer la relation médicale pour des motifs purement financiers.

392. Le système de la responsabilité fonctionne alors comme un véritable cercle vicieux : le principe de la réparation en vigueur étant un insatisfaisant aux yeux des justiciables et des juges, ceux-ci font preuve d'une grande générosité dans l'octroi de la compensation financière ce qui a pour but de favoriser les demandes en réparation devant les tribunaux et à victimiser le patient qui en demande toujours plus. L'une des réactions des médecins face à l'ampleur de ces condamnations est la pratique de la médecine défensive.

⁸⁸¹P. BRUCKNER, Difficiles responsabilités, Rev. Risques, oct-déc. 1997, n°32, p. 35

⁸⁸²A. GARAPON et I. PAPADOPULOS, *Juger en Amérique et en France*, éd. Odile Jacob, 2003

§3. Le développement de la médecine défensive

393. La pratique de la médecine défensive est une réaction aux fréquentes mises en cause de la responsabilité des professionnels de santé (I). Elle est aussi la résultante de l'évolution de la pratique médicale et de la relation médecin-malade (II).

I. La menace judiciaire sur la médecine

394. Il ressort d'un sondage que les procès pour erreurs médicales sont une source de préoccupation majeure pour la plupart des médecins. Environ 76% d'entre eux affirmaient que leur crainte d'un procès pour erreur médicale entravait la qualité des soins qu'ils pouvaient dispenser aux patients et qu'elle les avait amené à faire de la « médecine défensive », source de coût médicaux plus élevés. En effet, 79% des médecins interrogés ont admis qu'ils prescrivait des test superflus, tandis que 74% ont reconnus qu'ils renvoyaient leurs patients chez des spécialistes plus souvent qu'ils ne l'auraient fait s'ils n'avaient dû s'en tenir qu'à leur propre jugement⁸⁸³. De ce constat, peut en résulter des conséquences désastreuses dans la pratique de la médecine en générale. En effet, dorénavant certains médecins refusent d'aller vers les spécialités à risques, comme la gynécologie, voire cesse carrément d'exercer car ils jugent leur activité non rentable compte tenu de son coût.

395. Pour l'American Medical Association, la médecine défensive est caractérisée par « une altération de la pratique médicale, induite par la menace de la responsabilité, dont la principale finalité est d'éviter l'éventualité de poursuites par les patients et de préparer une défense juridique solide dans l'hypothèse où de telles poursuites seraient engagées »⁸⁸⁴. Il s'agit en réalité de la médecine de l'évitement, dans laquelle la préoccupation des médecins consiste davantage à se prémunir des risques judiciaires qu'à dispenser des soins appropriés à leurs malades⁸⁸⁵.

396. La pratique de la médecine défensive peut consister en un refus de pratiquer des actes dit « à risques » et à rester sur le terrain de la prescription et des interventions bénignes. Elle consiste aussi à envoyer le patient vers un autre médecin d'une spécialité différente, ou vers un établissement de santé qui pratiquera les actes que le médecin se refuse de faire. Ces pratiques sont essentiellement motivées par la volonté de minimiser le plus possible le risque d'erreur médicale, et au besoin, de se préconstituer des commencements de preuve pour se dédouaner de toute forme de négligence.

⁸⁸³Etude Harris Interactive, du 22 mai 2002, Sigma 2004, n°6

⁸⁸⁴Etats-Unis, American Medical Association, Opinions and Reports of Judicial Counsel, Section 5:71, §1: 6, pp. 18-20

⁸⁸⁵Etats-Unis, N. HERCHEY « The defensive practice of medicine : myth or reality ? », Milbank Memorial Fund Quarterly Health and Society, 50, 1, p. 69-98, 1972

397. Cette pratique est également motivée par le possible partage de responsabilité en cas de préjudice. Le recours aux avis d'autres médecins conduit le professionnel de santé à ne plus être le seul acteur ni le seul responsable en cas d'accident. L'exemple typique est celui du gynécologue qui refuse de réaliser des échographies. On sait depuis le célèbre arrêt Perruche que mal interpréter une échographie, qui est en soi un acte médical très compliqué à réaliser, peut conduire le médecin à engager sa responsabilité professionnelle. Afin d'éviter de telles poursuites le médecin préfère se dégager de ces pratiques. Aux Etats-Unis, certains actes médicaux ne se pratiquent plus : c'est le cas de la radiologie interventionnelle par exemple⁸⁸⁶.

II. En raison d'un contexte propice

398. La pratique de la médecine défensive est amplifiée par la volonté des pouvoirs publics de maîtriser les dépenses de santé. Depuis 1971 en effet, des conventions médicales sont conclues entre l'assurance maladie et les médecins au plan national qui ont notamment pour objet la détermination des honoraires médicaux et le contrôle des prescriptions médicales. Dès lors que le profil d'un médecin paraît inhabituel par rapport à celui de ses confrères, une procédure est prévue afin d'obtenir de l'intéressé une autodiscipline et, à défaut, sa mise hors convention⁸⁸⁷. Dans la logique du plan JUPPE de 1996, le gouvernement a institué progressivement depuis les années 2000, un système de gratification en faveur des médecins qui s'engagent à réduire leurs prescriptions ou prestations en adhérant à des accords dits « de bon usage de soins »⁸⁸⁸. Cependant, ces mesures ont aussi eu pour effet d'inciter les médecins à se réfugier dans une médecine défensive consistant à diriger vers l'hôpital tous les patients dont le traitement prévisible est susceptible d'altérer le profil médical du praticien et de lui occasionner tout tracés administratif.

399. Par ailleurs, la pratique de la médecine s'inscrit de plus en plus dans un climat de méfiance à l'encontre du corps médical. Les différentes crises de santé publique ont ainsi contribué à développer cette appréhension de l'opinion publique vis à vis du monde médical. La population s'est progressivement rendue compte que la science n'était pas exacte mais qu'au surplus, elle pouvait être néfaste.

⁸⁸⁶La radiologie interventionnelle est une méthode diagnostique et thérapeutique dite « mini-invasive ». Elle permet d'accéder à une cible tumorale en profondeur en utilisant les voies naturelles (système urinaire, tube digestif,...) ou le réseau vasculaire (artères ou veines) ou en choisissant un chemin court et sans risque au travers d'un organe (foie par exemple). Ces techniques sont toujours guidées par l'imagerie (scanner, échographie, endoscopie) qui permet de voir en profondeur sans avoir à « ouvrir » les tissus par la chirurgie classique. Elle permet par exemple d'administrer dans une tumeur (et seulement dans la tumeur) des doses élevées de drogue, de détruire des tissus tumoraux par augmentation de température locale, de mettre en place des prothèses dans des conduits rétrécis ou occlus, http://www.igr.fr/fr/page/radiologie-interventionnelle_249, consulté le 4 fév. 2013

⁸⁸⁷Y. SAINT-JOURS, « Sécurité sociale: le médecin en butte aux restrictions aux soins », *Revue de droit ouvrier*, 1^{er} juil. 2004, n° 672, p. 301 à 302

⁸⁸⁸C. sec. soc., art. L. 162-12-17 à L. 162-12-20

400. L'affaire récente du « Médiateur » en est un exemple particulièrement flagrant⁸⁸⁹. Ce climat de méfiance n'aurait également pas eu un tel retentissement, sans l'implication des médias dans les différents scandales de santé publique. Prenons comme exemple la polémique qui a entouré la vaccination contre le virus H1N1 : le gouvernement avait fait le choix de commander des millions de vaccins pour faire face à une pandémie de grippe qui n'a jamais connu l'ampleur qu'on lui prêtait. L'Etat s'est donc retrouvé avec des millions de vaccins en stock totalement inutiles, si bien qu'on avait accusé la ministre de la santé de l'époque de s'être entendue avec les laboratoires pharmaceutiques. Pourtant, ce scandale n'aurait jamais pris une telle ampleur sans le relais médiatique⁸⁹⁰. Ce dernier participe à la perte de confiance de la population vis à vis du pouvoir public, dans son rôle de protection de la santé.

401. Sans conteste, les progrès scientifiques importants de ces dernières décennies ont contribué à la mise en place d'un système de plus en plus performant dans lequel le patient évolue comme un consommateur de soins⁸⁹¹. Or, sans conteste, la vulgarisation scientifique et la révélation au grand public d'études scientifiques parfois controversées contribuent aussi à développer chez certains patients une attitude consumériste très critique. L'avènement d'internet, qui submerge le grand public d'informations pas toujours exactes accentue grandement l'incompréhension entre médecins et malades. Ces derniers ont en effet de plus en plus leur propre idée sur leur potentielle maladie, basée toutefois sur des références aléatoires et douteuses. Ivan Illich écrivait d'ailleurs en 1981 que « *Dans les pays développés, l'obsession de la santé parfaite est devenue un facteur pathogène déterminant. Le système médical imprégné dans un monde de l'idéal instrumental de la science, crée sans cesse de nouveaux besoins de soins. Mais plus grande est l'offre de santé, plus les gens répondent qu'ils ont des problèmes, des besoins, des maladies. Chacun exige que le progrès mette fin aux souffrances du corps, maintienne le plus longtemps possible la fraîcheur de la jeunesse et prolonge la vie à l'infini. Ni vieillesse, ni douleur, ni mort. Oubliant ainsi qu'un tel dégoût de l'art de souffrir est la négation même de la condition humaine* »⁸⁹².

402. Lorsqu'une erreur se produit, le patient n'accepte plus de prendre en charge le risque. Tout préjudice doit être réparé, il veut voir cette erreur compensée, il veut être indemnisé. L'acceptation hier de la fatalité, est supplantée aujourd'hui par le souci de trouver un responsable à son malheur⁸⁹³. Ceci pourrait s'expliquer par le fait que la justice doit traiter de choses de plus en plus profondes comme c'est le cas de la santé et plus généralement de tout ce qui touche à la dignité et à l'intégrité physique de la personne humaine.

⁸⁸⁹C. RAJOT, « Le Mediator® : antidiabétique ou coupe-faim ? Indemnisation des victimes et/ou responsabilités des professionnels de la santé ? Vastes discussions en perspective... », Resp. et Ass. n°6, juin 2011, alerte 15

⁸⁹⁰M.C. PONCET, « Vaccin H1N1, une prise de conscience terrifiante », 5 janv. 2010, Lepoint.fr

⁸⁹¹C. LE PEN, « Patient ou personne malade ? Vers un consommateur de soins responsable », Communication au colloque, La santé : un ressort de la croissance économique, cercle des économistes, 17 mai 2005

⁸⁹²I. ILLICH, *Nemesis médicale. L'expropriation de la santé*, éd. Seuil, Coll. Points, 1981

⁸⁹³E. MARTIN, « Précis de déontologie et de médecine professionnelle », Masson, 1923, p. 88-89,

403. Dans nos sociétés contemporaines, la justice prend ainsi le relais de la religion. Ce qui autrefois relevait de la fatalité et donc du religieux, concerne désormais les tribunaux. Prenons comme exemple l'affaire du sang contaminé, la justice est considérée comme un lieu où s'analysent les mécanismes de transgression et où l'on traite des questions aussi fondamentales que celle de la maladie ou de la mort. Or en France, l'indignation très forte ressentie face à la transgression est fortement teintée de catholicisme. Aux Etats-Unis au contraire, les garanties procédurales qui caractérisent le procès semblent directement découler des concepts de la religion protestante⁸⁹⁴. Les juges prennent donc le relais de ce qui autrefois était de l'ordre de la morale et de la religion. C'est en sens que la société se judiciarise : les justiciables semblent trouver du réconfort auprès des tribunaux, lieux de respect des règles mais aussi de sanctions.

404. La « judiciarisation » de l'activité médicale nuit fortement à la relation de confiance qu'entretient un médecin avec son patient, mais aussi l'activité médicale elle-même. La fréquence des condamnations des professionnels de santé conduit à un changement de comportement de leurs assureurs qui se traduit notamment par une augmentation des primes. Le phénomène de crise est donc amorcé.

SECTION II. LA CRISE DE L'ASSURANCE RESPONSABILITE MEDICALE

405. L'assurance est généralement définie comme l'opération par laquelle un assureur s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne en cas de réalisation d'un événement aléatoire, le risque, en contrepartie de la perception d'une somme d'argent, la prime. En cas de réalisation d'une faute ou d'une erreur médicale, la prestation de l'assureur s'analyse en une indemnisation des différents préjudices subis par la victime. Cette indemnisation en espèces, est possible grâce au mécanisme de la mutualisation du risque. Ainsi, « un assureur organise en une mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées »⁸⁹⁵.

406. Le domaine de l'assurance responsabilité médicale est en crise. Cette dernière se traduit notamment par une augmentation des primes d'assurance des médecins en raison de la sollicitation de plus en plus fréquente des compagnies pour indemniser les risques inhérents à l'activité. Ce phénomène s'exprime de la même manière aux Etats-Unis (§1) et en France (§2).

⁸⁹⁴A. GARAPON et I. PAPADOPULOS, « Juger en Amérique et en France », Edition Odile Jacob, 2003

⁸⁹⁵Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, D. , 13^{ème} éd., 2011, p. 40

§1. Un phénomène déjà bien présent aux États-Unis

407. Aux États-Unis, la crise de l'assurance de responsabilité civile médicale trouve ses sources bien plus tôt qu'en France, vers la fin des années 1960. Elle atteindra des sommets vers le milieu des années 1970, où la hausse des primes d'assurances dans certains États était estimée à 300 % d'augmentation. Par la suite, les réclamations et les litiges ont augmenté en moyenne, entre 1975 et 1984 de 10 % par an et par médecin⁸⁹⁶. Entre 1994 et 2001, la croissance des indemnités reversées aux victimes d'accidents thérapeutiques a été de 174 %, atteignant 1 million de Dollars⁸⁹⁷. Enfin, les primes d'assurance en responsabilité civile médicale entre 1992 et 2001 ont plus que doublé, enregistrant une croissance de 8,1 % par an⁸⁹⁸. D'après le courtier AON, le coût des sinistres au titre de la responsabilité médicale a affiché un taux de croissance de 10% depuis les années 2000. La fréquence progresse à un niveau de 3% par an⁸⁹⁹.

408. Cette crise de l'assurance responsabilité civile est directement imputable au régime juridique de la responsabilité. Ainsi, bien qu'il représente l'avantage d'inciter à réduire les comportements fautifs, ce régime entraîne d'importantes conséquences sur le monde de l'économie et notamment dans le domaine des assurances des professions médicales. La crise se manifeste par la trop grande difficulté, voire l'impossibilité, qu'expriment certains médecins à trouver une assurance de responsabilité civile médicale afin de se prémunir contre les risques inhérents à leur pratique. Les spécialités les plus frappées sont l'anesthésie, la chirurgie et l'obstétrique.

409. En 2002, le montant des dommages et intérêts octroyés par les jurés a plus que doublé, passant de \$473 000 en 1996 à plus de 1 million de dollars⁹⁰⁰. La corrélation entre les demandes d'indemnisation de plus en plus importante et l'augmentation des primes d'assurance ne fait donc aucun doute. Ainsi, la crise de l'assurance responsabilité médicale trouve essentiellement son origine dans les montants astronomiques adjugés par les jurés et dans une culture de plus en plus procédurière⁹⁰¹. Au-delà des *class actions*, le juge est en effet devenu un acteur important de ce nouveau dessein.

⁸⁹⁶États-Unis, P.M DANZON, « The effects of tort reforms on the frequency and severity on medical malpractice claims », OHIO State Journal, vol. 48 : 413, 1987.

⁸⁹⁷États-Unis, R. D. MILLER, « Liability for malpractice, issues and evidence », Joint Economic Committee, May 2003.

⁸⁹⁸États-Unis, A.M. BEST'S, *Aggregates and Averages, Property Liability United States and Canada*, Oldwick New Jersey, AM best Company, 2003

⁸⁹⁹AON, « 2013 Hospital Professional Liability and Physician Liability Benchmark Analysis », Janv. 2004

⁹⁰⁰États-Unis, Rapport du Jury verdict Research pour 2002, <http://www.juryverdictresearch.com/>, consulté le 1 fév. 2012.

⁹⁰¹Insurance Information Institute « Medical Malpractice », Hot Topics and insurance Issues, juin 2004

410. Comme le souligne messieurs Cooter et Ulen⁹⁰², l'explication vient d'une explosion sans précédent de la « judiciarisation » de la pratique médicale, associée à une tolérance de plus en plus faible vis-à-vis des risques subis par les individus et enfin par l'attribution d'indemnités aux montants souvent hasardeux en raison de manque d'informations et de connaissances des juges en matière médicale.

411. Les juges ont tendance à indemniser davantage les préjudices moraux (*pain and suffering*), c'est à dire les préjudices liés à la réalisation du dommage corporel. Or les critères déterminant pour les montants adjugés au titre de ce préjudice sont flous, et les tribunaux américains sont généralement généreux. La *Tort Law*, dans son double rôle dissuasif et compensatoire, a du mal à trouver un juste équilibre.

412. D'autre part, les victimes considèrent de plus en plus les actions en justice comme un substitut à l'assurance sociale. Le système de l'assurance maladie étant essentiellement privé et coûtant très cher, les patients demandent plus facilement réparation de leurs préjudices devant les tribunaux. Ils n'ont aucune gêne à faire valoir leurs droits à réparation devant une cour et ce d'autant plus que certaines règles leur sont favorables, comme le renversement de la charge de la preuve par exemple. Dans certains cas, la victime n'aura donc pas l'obligation de rapporter la preuve d'une faute pour obtenir la réparation de son préjudice. C'est au défendeur de prouver qu'il a bien rempli ses obligations pour éviter de payer des dommages et intérêts. Cette règle, qui a pour objet de faciliter les demandes des victimes qui sont dans l'impossibilité de rapporter certaines preuves, favorise la multiplication des procès et l'indemnisation.

413. Par ailleurs, le droit américain offre la possibilité dans le cas d'un comportement particulièrement répréhensible de condamner le coupable à verser des dommages et intérêts punitifs d'un montant supérieur à celui des dommages et intérêts compensatoires. Cet instrument, qui est destiné à prévenir les infractions civiles, est particulièrement favorable aux demandes d'indemnisation des victimes. Bien que les montants des dommages et intérêts punitifs soit relativement exceptionnels (3% à 4% des jugements portant sur les dommages corporels), ils restent une réelle menace pour l'assurance responsabilité civile. En effet, le défendeur est souvent tenu de déposer une garantie correspondant au montant demandé au titre de cette indemnisation. Or les dommages et intérêts punitifs ne sont pas toujours inclus dans la police d'assurance car certains États interdisent la couverture de cette indemnité. Les conséquences peuvent être désastreuses pour le professionnel qui peut être contraint de cesser toute activité. Cependant, la crainte d'être condamné à des dommages et intérêts punitifs peut aussi favoriser les règlements extra-judiciaires litiges et octroyer une compensation pour la victime, couverte par la police d'assurance. Le règlement amiable du contentieux peut donc contenir la part des dommages et intérêts punitifs auquel le défendeur aurait pu être condamné, ce qui est particulièrement favorable à la victime. Cependant, il y existe une véritable dénaturation de l'objet de la police d'assurance qui n'est censée couvrir que les dommages et intérêts compensatoires. L'impact des indemnités punitives sur les comportements des défendeurs est donc plus important que la fréquence des jugements rendus à ce titre.

⁹⁰²R. COOTER and T. ULEN, *Law and Economics*, Addison, Wesley, ed. 3th, 2000, Est considérée responsable la partie qui cause l'accident même si la victime commet des « imprudences ».

414. Les coûts liés à la responsabilité civile sont également générés par les actions contentieuses de masse portant sur des montants de dommages et intérêts colossaux. L'association d'une pluralité de plaignants permet en effet d'atteindre des montants d'indemnisation considérables. Dans la pratique, ce sont souvent les avocats qui sont à l'origine des actions, puisque ce sont eux qui identifient les atteintes et le nombre de personnes victimes. Alors même lorsque le procès est en cours, des plaignants potentiels sont sollicités par le biais d'annonce, pour rejoindre la partie demanderesse.

415. Dès lors, les actions de classes, la liberté de fixer les dommages et intérêts ainsi que les honoraires des avocats, sont tout autant de facteurs qui favorisent les demandes en justice et les demandes d'indemnisation. Or ces demandes d'indemnisation sont un véritable coût pour les sociétés d'assurances qui souvent ne peuvent plus faire face à l'ampleur des sommes.

416. Enfin, l'*American Medical Association* (AMA) estime que le secteur de l'assurance est aujourd'hui excessivement concentré, ce qui nuit à la concurrence et favorise une augmentation des tarifs. En 2007, l'AMA a étudié la concentration du marché dans 313 aires métropolitaines, réparties dans quarante-quatre Etats américains. Elle a abouti à la conclusion que dans 24 % d'entre elles, une compagnie contrôle au moins 70 % du marché ; dans 64 % d'entre elles, une compagnie a une part de marché d'au moins 50 % et dans 96 % d'entre elles, une compagnie a une part de marché d'au moins 30 %. La concurrence est donc assez réduite en de nombreux points du territoire américain. Au cours de la dernière décennie, de nombreuses fusions acquisitions ont eu lieu dans le secteur de l'assurance santé, ce qui permet aux deux plus grands assureurs, *WellPoint et UnitedHealth Group*, entreprises à but lucratif, de contrôler ensemble 36 % du marché américain. Il existe par ailleurs, en droit américain de la concurrence, une clause qui fait échapper les compagnies d'assurance à l'application des règles de droit commun. Ceci a favorisé les ententes sur les prix, le partage des marchés et l'apparition de positions dominantes.

417. Des solutions ont été envisagées afin de remplir les fonds d'assurance et ainsi pourvoir aux indemnisations. Dans les années 1990, le gouvernement américain a beaucoup misé sur les réseaux de soins intégrés (*Managed Care Organizations*) qui avait pour objectif, une meilleure maîtrise des coûts, grâce à une prise en charge globale du patient. Ce dernier est traité par plusieurs professionnels de santé de spécialités complémentaires, ce qui a pour effet un meilleur suivi et donc un risque d'erreur limité. En ce sens, les réseaux de soins avaient pour objectif une diminution de la mise en cause de la responsabilité du professionnel de santé et donc une baisse des indemnités versées par les assureurs aux victimes.

418. Les assureurs de leur côté, ont pensé à augmenter les primes d'assurance des professionnels de santé, ce qui fut désastreux pour l'économie de la santé. En effet, le prix des soins et des produits de santé ayant considérablement augmenté, certains médecins ne pouvaient plus faire face au coût de leur activité et ont été contraints de cesser leurs fonctions. Les assureurs refusaient de prendre en charge certaines spécialités en raison du risque trop important que représente leur activité.

419. Le législateur avait également envisagé des mesures visant à réduire l'impact de la crise de l'assurance responsabilité civile, notamment concernant le système de responsabilité délictuelle. Le coût de la responsabilité représentait 232 milliard de dollars en 2002, soit 2,2% du PIB. Mais seulement 46 % de cette somme étaient versés aux victimes, le reste servant de rémunération aux avocats et à régler les frais administratif. Sous l'influence du président Bush, Arler Specter a fait de la réforme du système de responsabilité délictuelle une priorité.

420. Ainsi, le *Class Action Fairness Act* de 2005 a mis fin au forum shopping en renvoyant certains recours collectifs (ceux concernant plusieurs Etats et dont le total des indemnités réclamées était supérieur à 5 million de dollars) vers des cours fédérales. Certains Etats ont même mené une réflexion afin de passer d'un système de négligence donc de responsabilité pour faute à un système de responsabilité sans faute (*no-fault system*) ou encore de responsabilité stricte⁹⁰³.

421. On regrette cependant que la récente «loi sur la santé abordable», votée en mars 2010 à l'initiative du président Barack Obama, ne comprenne aucune disposition relative à l'assurance responsabilité civile, alors même qu'elle est considérée comme l'une des plus importantes réformes de la protection sociale aux Etats-Unis.

§2.Un phénomène qui gagne du terrain en France

422. La crise française de la responsabilité médicale, écho de la crise de l'assurance responsabilité civile que connaissent les Etats-Unis, trouve également sa source dans la «judiciarisation» de l'activité médicale et l'importance des montants des indemnisations allouées aux victimes.

423. Le 6 janvier 2004, l'Inspection générale des affaires sociales et l'Inspection générale des finances remettaient aux ministres concernés un « Rapport d'enquête sur le domaine de la responsabilité civile médicale afin d'évaluer l'évolution de la sinistralité et de son coût, ainsi que d'expertiser les propositions de réformes du dispositif de financement des dommages médicaux »⁹⁰⁴. D'après les conclusions de ce rapport, la crise que connaît le secteur de l'activité médicale est bien réelle et s'inscrit dans un contexte de croissance régulière des réclamations liées aux accidents médicaux et d'une indemnisation accordée aux victimes en constante croissance. Cette crise est liée, selon les rédacteurs, à un contexte bien particulier : celui de la «judiciarisation» de la médecine⁹⁰⁵.

⁹⁰³Ibid.

⁹⁰⁴Conclusions du rapport d'enquête conjoint IGAS-IGF sur l'assurance de responsabilité civile médicale, janv. 2004, Introduction, p. 1

⁹⁰⁵Ibid. p. 2

424. Il n'existe pas de statistiques nationales pour mesurer le risque inhérent à l'activité médicale, mais des statistiques établies par les compagnies d'assurance Sou Médical et MACSF sont suffisamment significatives pour établir des constats utiles⁹⁰⁶. La sinistralité des professionnels de santé a très fortement augmenté entre les années 1990 à 2000 et depuis 2001 et 2002, le nombre des réclamations semble se stabiliser. En revanche, le nombre des réclamations formulées à l'encontre des établissements, et notamment des établissements publics, continue de croître fortement. S'agissant des praticiens libéraux, la fréquence des déclarations connaît des différences on ne peut plus significatives selon les spécialités exercées.

425. Ainsi, dans une année, un chirurgien sur deux en moyenne, voit sa responsabilité recherchée alors qu'au cours de la même période, un médecin généraliste sur cent sera mis en cause. On constate ainsi de très fortes disparités entre les médecins face à l'exposition au risque médico-légal. Sur ces bases, les compagnies d'assurance ont calculé qu'un chirurgien exerçant 35 ans dans sa carrière serait mis en cause 16 fois⁹⁰⁷.

426. Par ailleurs, la condamnation des professionnels de santé à l'issu d'un procès en responsabilité médicale a également fortement augmenté. Si l'on reprend les dossiers du Sou Médical et de la MACSF dans lesquels sont intervenues des décisions de justice civiles entre les années 1980 à 1984, on constate que 33 % de ces décisions civiles au fond débouchaient sur une condamnation prononcée par les magistrats. En 2010, ce pourcentage était de l'ordre de 68 % des condamnations. L'intensité des dossiers a également subi une inflation considérable dans les dossiers indemnisés. Le coût moyen du dossier indemnisé était de l'ordre de 120 000 € en 2002 ; ce coût moyen est passé à 256 000 € à partir de 2007 soit une augmentation supérieure à 100 % en 5 ans⁹⁰⁸.

427. A l'image des Etats-Unis, la crise de l'assurance responsabilité médicale se traduit aussi par une hausse brutale des primes et un désengagement de certaines compagnies d'assurance qui a généré une insuffisance de l'offre d'assurance pour certaines professions de santé. Il ressort, en effet, du rapport que les difficultés liées à l'assurance sont concentrées sur un nombre réduit de professionnels. La crise n'affecte pas l'intégralité du corps médical mais se concentre sur les praticiens libéraux exerçant les spécialités de chirurgie, d'anesthésie et d'obstétrique, soit 10% de l'ensemble des médecins. Selon l'ONIAM, un chirurgien payera dans quelque mois 20.000 euros, et peut-être même un jour 40.000 euros de primes d'assurance⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶Rapport « Le risque des professions de santé en 2009 », Prescrire, nov. 2010, n° H.S.

⁹⁰⁷N. GOMBAULT, « La situation de l'assurance responsabilité médicale », RDSS 2010 p. 51

⁹⁰⁸ Ibid.

⁹⁰⁹Fédération française des sociétés d'assurances, « L'assurance française en 2004 : les données clés », rapport, 2005

428. En effet, l'augmentation des litiges augmente les montants d'indemnisation, ce qui amène les assureurs à déboursier davantage d'indemnités ; le phénomène est mécanique. Si les spécialistes sont plus souvent condamnés et les indemnités versées aux victimes de plus en plus importantes, l'assureur va considérer que le spécialiste devient trop risqué et que ce nouveau statut doit faire l'objet d'une revalorisation de sa police d'assurance. C'est le cas dans le domaine de la chirurgie, de l'obstétrique et de l'anesthésie où les primes d'assurance explosent.

429. La crise de l'assurance médicale en France trouve une autre explication dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ainsi que dans la jurisprudence Perruche. La loi a en effet soumis professionnels de santé et les établissements de santé à une obligation d'assurance, dont la méconnaissance est punie par une amende et une potentielle interdiction d'exercer.

430. La loi Kouchner est ainsi venue modifier la structure de l'offre d'assurance de responsabilité civile médicale sur le marché de l'assurance de responsabilité civile. En imposant aux professionnels de la santé une assurance de responsabilité civile, cette loi a provoqué le retrait volontaire de sociétés d'assurance de responsabilité civile médicale⁹¹⁰. Ce retrait a provoqué une raréfaction de l'offre sur le marché assurantiel et tend ainsi vers une situation de très faible concurrence dans le secteur de l'offre d'assurance de responsabilité civile médicale. Aujourd'hui, cinq sociétés d'assurance se partagent plus de 95 % de ce marché.

431. Cette crise représente un véritable danger pour l'ensemble des praticiens. L'augmentation des primes et une indemnisation trop importante des victimes d'accidents médicaux peut en effet conduire une sélection des risques assurables et à l'apparition d'une « liste noire » de praticiens, obligeant parfois ceux qui ont engagé leur responsabilité à plusieurs reprises d'arrêter leur activité. Depuis la loi du 4 mars 2002, en effet, les professionnels de santé ne peuvent exercer leur activité que s'ils ont souscrit à une assurance responsabilité civile professionnelle⁹¹¹. Le rapport a également avancé que la crise de l'assurance responsabilité civile médicale était en partie la résultante d'un cadre juridique largement modifié par la loi du 4 mars 2002 et du 30 décembre 2002 qui ont d'abord créé un régime d'indemnisation fondée sur la solidarité nationale ainsi qu'une procédure de conciliation.

432. La procédure de conciliation, assurée par les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI), aurait pu avoir pour effet la déjudiciarisation du contentieux lié à l'activité médicale. Cette procédure devait en effet être rapide, gratuite et simplifiée. Était prévue la gratuité de l'expertise dans le cadre des CRCI ainsi que l'obligation pour l'assureur ou à défaut l'office national d'indemnisation des accidents médicaux (l'ONIAM), de faire une offre permettant l'indemnisation de la victime dans un délai de 11 mois après la saisine de la commission.

⁹¹⁰ Ce fut le cas des compagnies d'assurances Saint-Paul et AGF par exemple.

⁹¹¹C. santé publ., art. L. 1142-2 et L. 1142-25; C. assur., art. L. 251-1

433. Les médecins attendaient de cette procédure administrative qu'elle leur évite le traumatisme moral d'une mise en cause judiciaire qui était souvent confondue par les praticiens et leur clientèle avec une mise en accusation pénale. Les médecins redoutaient cependant que la gratuité et la simplicité de la procédure devant les CRCI ne provoquent une multiplication des recours. Pourtant, le bilan de cette procédure est contrasté. L'efficacité du dispositif n'est guère satisfaisant puisque 30% des avis des CRCI sont contestés par les assureurs tandis que l'ONIAM les conteste dans 1% des cas. D'autre part, la procédure de conciliation devant les CRCI reste très marginale puisqu'elle représente « moins de 3% de l'activité des commissions (57 demandes de conciliation au premier semestre 2005 contre 149 en 2004) et le nombre de contentieux médicaux traités en justice n'a pas baissé puisqu'il gravite encore autour de 7000 nouveaux dossiers par an toutes juridictions confondues » selon le rapport d'activité de 2005 de l'ONIAM⁹¹².

434. La réforme de la procédure de règlement des litiges n'a pu avoir que peu d'effet sur l'évolution du contentieux et donc sur les primes d'assurance de RCP médicale alors surtout que les assureurs provisionnent, semble-t-il, en fonction des montants d'indemnités demandées par les patients et non pas en fonction des sommes allouées par les juridictions et les CRCI.

435. Pour la Professeure Y. Lambert-Faivre⁹¹³, la hausse considérable des primes d'assurance responsabilité civile médicale ayant entraîné un refus d'assurance de certains professionnels et par la même la suppression des actes médicaux corrélatifs non assurés, ne peut avoir pour cause, ni l'obligation d'assurance ni le nouveau régime de responsabilité médicale inscrit dans la loi du 4 mars 2002. Le chiffre d'affaires global de la branche responsabilité civile médicale était évalué à seulement 428 millions d'euros en 2008. Or si on compare cet encaissement à celui de la branche responsabilité civile générale ou mieux encore à celui de l'assurance vie, le montant est peu flatteur. Les capacités d'indemnisation des assureurs sont donc proportionnellement limitées.

436. Cette augmentation peut s'expliquer par l'effet d'une segmentation technique excessive des risques assurables et par un équilibre financier global perturbé. En effet, la tendance des assureurs est aujourd'hui de « segmenter de plus en plus finement les statistiques pour obtenir une homogénéité de risques la plus grande possible ». Il en résulte que chaque professionnel est assuré pour son propre risque personnellement identifié. Le risque n'est alors plus mutualisé. La solidarité médicale n'existe plus et de ce fait le coût du risque n'est plus dilué.

⁹¹²R. PELLET, « Propos introductifs pour une nouvelles réforme de la responsabilité civile professionnelle de médecin libéraux », Responsabilité, assurance et expertise médicale, 8 nov. 2007, colloque

⁹¹³Y. LAMBERT-FAIVRE, « La crise de l'assurance responsabilité civile médicale », D. 2003. 142

437. Par ailleurs, la plupart des assureurs assurent le risque au-delà de la branche spécifique de la responsabilité civile médicale. Font ainsi parti du chiffre d'affaire d'une compagnie d'assurance toutes les primes versées au titre de l'assurance habitation; l'assurance professionnelle toutes activités confondues, l'assurance véhicules terrestres à moteur... L'assurance au travers de ces différentes branches recherche un équilibre financier entre elles (certaines branches étant plus rentable que d'autres) mais aussi en faisant de l'investissement (immobilier, financiers...). Or il s'avère qu'aujourd'hui, la branche responsabilité civile professionnelle n'est pas la seule branche en crise dans le secteur de l'assurance. En effet, « (...) il est certain que d'importantes pertes financières ont été provoquées naguère par des placements immobiliers spéculatifs de certaines sociétés d'assurances, plus récemment par des placements boursiers; également spéculatifs, qui s'étaient écartées de la prudence financière jadis prônée »⁹¹⁴. Aujourd'hui, l'actualité boursière et financière de certaines banques et assurances fait que le rééquilibrage reste très difficile à obtenir. En conséquence, il importe de recentrer le problème autour du secteur de la responsabilité civile médicale elle-même, en faisant en sorte que le risque reste un risque mutualisé afin que l'ensemble de la profession médicale puisse assumer les risques inhérents à certaines activités en particulier.

438. Cette logique de solidarité est celle qu'avait suivie la loi du 30 décembre 2002 avec la mise en place d'un groupement temporaire des assurances médicales (GTAM) qui avait donné la possibilité aux praticiens ayant subi deux refus d'assurance en responsabilité civile de s'assurer. Cette entité, constituée pour une période limitée par des assureurs désireux de revenir sur le marché de la responsabilité, permettait à ces derniers d'être tenus solidairement en cas de défaillance d'une des sociétés du groupement. Le GTAM n'a cependant eu qu'une courte vie puisque son activité a cessé de fonctionner en 2003. Il a alors été remplacé par la mise en place d'un bureau des tarifications, codifié aux articles L. 251-1 du code des assurances et L. 1142-2 du code de la santé publique. Cette structure paritaire assureurs-assurés a pour mission de permettre à toute personne soumise à l'obligation d'assurance de trouver un assureur. Il a également la possibilité d'imposer à un assureur de délivrer une garantie aux conditions fixées par lui. Cette substitution répond ainsi aux dispositions de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades qui a prévu la branche médicale du bureau central des tarifications⁹¹⁵. Pour autant, le bureau central des tarifications n'a pas pour rôle de désigner arbitrairement un assureur auquel il serait imposé de garantir l'assujetti.

⁹¹⁴Ibid.

⁹¹⁵L. LEVENEUR, « L'intervention du Bureau central de tarification en matière d'assurance de responsabilité civile médicale », RDSS 2010, p.59

439. Une autre solution à la crise de l'assurance responsabilité civile médicale fut apportée par l'article 16 de la loi n°2004-810 du 13 Août 2004. Cet article prévoit en effet que « *les médecins soumis à l'obligation d'assurance mentionnée à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, qui exercent leurs spécialités mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 4135-1 du même code et qui sont accrédités ou engagés dans une procédure de renouvellement de leur accréditation, peuvent bénéficier d'une aide à la souscription d'une assurance dont le montant est fixé, en fonction des spécialités et des conditions d'exercice, par décret. Cette aide est à la charge de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés* ». Cette mesure ne concerne que les médecins ou les équipes médicales exerçant une même spécialité en établissement de santé et qui ont fait une demande d'accréditation de leurs pratiques professionnelles dans les conditions énoncées à l'article L. 1414-3-3 du code de la santé publique. Elle présente un double intérêt :

1. Elle fait d'abord preuve d'une conception mutualiste du risque, en faisant supporter le coût de l'assurance des spécialités à risque aux travailleurs salariés. Le déficit de l'assurance maladie pourrait toutefois s'en trouver accentuer.

2. Elle va ensuite dans le sens d'une politique de prévention du risque et d'apaisement du patient. Celui-ci aura moins d'inquiétude à consulter un médecin étant soumis à une procédure d'accréditation puisque ses pratiques médicales auront été préalablement approuvées par un organisme spécialisé en la matière, la haute autorité de santé.

440. Dans la même logique de mutualisation du risque, la loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011, a créé un Fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic et de soins au profit des professionnels de santé exerçant à titre libéral⁹¹⁶. Ce dispositif vocation à se substituer aux professionnels de santé libéraux lorsque la garantie d'assurance est insuffisante ou expirée. Il vise ainsi à renforcer leur sécurité juridique et à protéger l'exercice libéral de la profession mais aussi à garantir l'indemnisation des victimes⁹¹⁷. Ce texte apparaît toutefois totalement insuffisant, que ce soit au niveau de l'expiration des garanties (réclamation intervenant après la garantie subséquente et notamment celle de dix ans liée au décès ou la cessation d'activité du praticien) ou au niveau de l'épuisement des garanties (indemnisation supérieure aux montants de garantie prévus). Seule une meilleure mutualisation du risque ou un écrêtement des sinistres les plus lourds permettrait de trouver une solution à ce délicat problème⁹¹⁸.

441. Le système français de la réparation du préjudice dont l'origine est la réalisation d'une faute ou d'un préjudice pourrait à cet égard s'inspirer du fonctionnement des caisses des professions juridiques comme les notaires ou les avocats par exemple.

⁹¹⁶F. ARHAB-GIRARDIN, « La création d'un Fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins », RDSS 2012 p. 889 ; Code ass., art. L. 426-1

⁹¹⁷J.-P. CAFFET, *Mission Santé*, Rapport Sénat, n° 107 (2011-2012), p. 47 s. ; <http://www.senat.fr/commission/fin/pjlf2014/np/np25/np251.html>, consulté le 28 jui. 2014

⁹¹⁸R. PELLET, « L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics », RDSS 2010, p.94

Conclusion

442. Le phénomène d'américanisation du contentieux médical est bien réel. La France a vu le nombre de sinistres liés à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, augmenter de manière significative au cours de ces dernières décennies. La judiciarisation de l'activité médicale a fait son entrée. Les individus trouvent en la justice, des réponses à leurs nouveaux problèmes existentiels : doivent-ils assumer le risque d'une thérapie médicale nécessaire ? La collectivité est-elle responsable ? Les risques liés à la science médicale doivent-ils être assumés par les professionnels ? Ces nouveaux questionnements traduisent le changement de nature de la relation médecin-patient. Ce dernier, placé au cœur du dispositif de santé, revendique ses droits et est devenu au fil des réglementations et des jurisprudences, un véritable consommateur de soins, qui exige une prestation médicale de qualité, sans en assumer les risques. Les assureurs, conscient de la propension de ce phénomène n'hésitent plus à augmenter le montant de leur primes, afin d'anticiper les montants des futures condamnations. Cette nouvelle conception de la médecine conduit, dès lors, les médecins à adopter de nouvelles pratiques. La multiplication des actes, le refus d'accomplir certains examens médicaux, voire « boudier » certaines spécialités considérées à risques, constituent ainsi la « médecine défensive » bien connue de nos voisins américains. Le cercle vicieux, déjà enclenché aux Etats-Unis fonctionne à merveille, mais comment y échapper ?

443. Il semble que trouver un nouvel équilibre dans la relation de soins soit devenu indispensable. Les tendances législatives et jurisprudentielles de ces dernières décennies ont incontestablement fait supporter les risques de l'activité de soins sur les professionnels de santé, créant même parfois une inéquité entre le secteur privé et le secteur public, l'Etat étant responsable des préjudices causés par l'activité hospitalière.

444. Il ne faut cependant pas s'y méprendre : les droits des patients ne sont aucunement à remettre en cause, bien au contraire. Mais peut-être faudrait-il pointer du doigt certains dysfonctionnements, dont l'importance du rôle contribue à creuser le déséquilibre de la relation et à renforcer le phénomène de crise qui l'accompagne.

445. Le principe de la réparation du préjudice mériterait ainsi d'être révisé, car si le principe de la réparation intégrale est de rigueur en droit français, nous le percevons parfois comme une véritable hypocrisie et spécialement quand il s'agit de la réparation du préjudice corporel. On sait pertinemment que les chefs de préjudices sont très difficiles à évaluer (pour preuve, il n'existe pas de nomenclature unique et obligatoire permettant un calcul uniforme) et que sous couvert du préjudice moral, les juges n'hésitent pas à octroyer des indemnisations parfois démesurées. Sur ce point, les américains sont beaucoup décomplexés et admettent qu'en cas de comportement particulièrement répréhensibles, des dommages et intérêts punitifs, c'est-à-dire sanctionnateur d'une attitude fautive, puissent être accordés.

446. Contrairement au droit français, le droit américain se positionne ainsi du côté de l'acte dommageable pour envisager sa réparation et non du côté du préjudice. C'est d'ailleurs dans ces conditions qu'il fait également obligation à la victime de minimiser son préjudice afin d'en réduire l'indemnisation.

447. Dans l'esprit de la *common law*, la réparation du préjudice est donc entendue dans un sens totalement subjectif, le comportement de l'auteur de l'acte tout comme celui de la victime ayant un rôle déterminant dans la réparation du préjudice. Cette conception est différente du droit français qui comprend la réparation du préjudice au sens objectif du terme, d'où l'adoption du principe de la réparation intégrale.

448. En ce sens, le droit américain de l'indemnisation du préjudice est beaucoup plus moralisateur que le droit français, ce qui semble être une bonne chose pour retrouver un équilibre dans la relation médecin-patient. Il est en effet indispensable de responsabiliser ces deux acteurs afin d'éviter la multiplication de leurs conflits. L'introduction du principe de la minimisation du préjudice tout comme les principes des dommages et intérêts punitifs seraient alors fortement souhaitable. Ainsi, le patient qui aurait pu agir pour réduire les conséquences de son accident, mais qui ne l'a pas fait en raison d'une attitude purement passive, pourrait voir le montant de son indemnisation diminué. De même, le médecin qui aurait eu un comportement particulièrement répréhensible pourrait se voir condamner à des dommages et intérêts punitifs, qui à l'évidence ne seraient pas assurables. Cette possibilité nécessite cependant que soit considérée en droit français, une conception bien plus subjective de la faute, et dans laquelle de simples erreurs seraient à distinguer des fautes d'imprudences voire des fautes volontaires. A cet égard, les erreurs, comme c'est déjà le cas des préjudices les plus graves, pourraient être prises en charge par la solidarité nationale. La santé n'est-elle en effet pas une mission de service public dont les dysfonctionnements doivent relever de la responsabilité de l'Etat ? A l'évidence, la baisse du coût des indemnisations supportées par les assureurs privés enrayerait la crise de l'assurance responsabilité civile médicale.

Conclusion générale

449. Aux termes de nos recherches, nous avons pu constater que les principes généraux qui gouvernent le droit de la responsabilité médicale, sont fortement similaires en droit français et en droit américain. Ainsi, la relation médicale est fondée sur le principe du consensualisme, déduit du principe de l'autonomie de la volonté, qui gouverne à lui seul, l'ensemble de la relation de soins. Toutefois, à la différence du droit américain, le droit français a longuement été hésitant sur la qualification juridique de la nature de celle-ci. Il lui fut en effet difficile de calquer les problématiques qui pouvaient résulter de cette relation, sur les principes de droit existants. Responsabilité contractuelle, délictuelle et de droit public se chevauchaient ainsi et formaient un millefeuille juridique difficilement compréhensible. L'introduction d'un régime spécial de responsabilité médicale par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, a tenté de mettre fin à cet enchevêtrement juridique, mais son impact reste toutefois limité. Certaines règles n'apparaissaient en effet pas profondément bouleversées, malgré une volonté de la jurisprudence judiciaire de converger vers un régime unique, légal et réglementaire, assortie d'une responsabilité extracontractuelle. La dualité entre les deux ordres de juridictions persiste néanmoins, les conflits opposant des particuliers à l'administration devant toujours être élevés devant les juridictions de l'ordre administratif. Contrairement au droit français, le droit américain ne s'embarrasse pas de cette dualité, et encore moins de la qualification juridique de la relation de soins. Ainsi, bien que la relation soit consensuelle, la mise en œuvre de la loi des « *torts* » est de rigueur. La responsabilité délictuelle qui en résulte, s'applique donc à toutes les hypothèses de responsabilité médicale.

450. Le régime plural du droit français, s'oppose ainsi au régime unique du droit américain. Ce constat est pourtant en contradiction avec les principes fondamentaux qui gouvernent la « *common law* » et le droit romano germanique. Alors en effet, que le droit américain repose, en principe, sur un système d'actions pluralistes héritées des anciens formulaires médiévaux, le droit français repose sur un principe général de responsabilité. Droit français et droit américain s'éloigneraient alors de leurs fondamentaux pour adopter le principe juridique du droit opposé. C'est ainsi que l'on voit la « *common law* » adopter progressivement un principe général de responsabilité par l'élargissement du « *tort of negligence* », de même que l'on observe le droit français adopter de plus en plus des régimes spéciaux de responsabilité⁹¹⁹. C'est notamment le cas de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

451. Mais au-delà d'être un régime spécial, le droit de la responsabilité médicale doit avant tout prendre la forme d'un régime unique et simplifié. Dès lors, à l'instar du droit américain, il est important de faire coïncider les règles juridiques vers une unicité des règles institutionnelles et songer sérieusement à la concentration du contentieux de la responsabilité médicale au profit du juge judiciaire, garant des libertés fondamentales et de l'intégrité des corps humain, comme cela a déjà été maintes fois proposé. Le principe de la dualité de juridiction n'est en effet pas compatible avec la volonté actuelle de simplification des règles en la matière. La distinction de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire pour traiter le contentieux de la responsabilité médicale constitue, au surplus, une source d'insécurité juridique pour les justiciables dont les affaires, parfois similaires, ne sont pas traités par les mêmes tribunaux et donc, aboutissent indéniablement à des solutions différentes.

452. La spécificité de la matière nous incite également à penser qu'au-delà d'une unicité des règles juridictionnelles, il serait judicieux d'instituer une procédure particulière adaptée aux conflits médicaux. Ainsi, nous pourrions envisager, à l'instar du conseil des prud'hommes concernant les conflits sociaux, que tout litige médical soit obligatoirement dirigé vers une instance de conciliation préalable composée paritairement d'un magistrat et d'un médecin. Le contentieux médical relève en effet d'un domaine particulièrement technique et les litiges qui en résultent mériteraient à cet égard, d'être traités par des professionnels du secteur. La technicité de la matière peut être parfois être difficile à assimiler, ce qui a pour effet de ralentir considérablement la procédure. Il est par ailleurs incontestable que le domaine de la santé est devenu une véritable branche du droit, à l'image du droit social ou du droit commercial et qui dispose chacun de leur juridiction spécialisée.

⁹¹⁹B.-S. MARKESINIS et S.-F. DEAKIN, *Tort law*, Clarendon press, Oxford, 3^{ème} éd., 2008, p. 65 : « The conceptual structure of negligence is highly flexible and capable of general application », (« la structure du tort de negligence est très flexible et capable d'une application générale ») ; Ph. REMY, « Réflexions préliminaires sur le chapitre Des délits » *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, D., 2011, p. 15 s., spec. p. 27 s.

453. Pourquoi dès lors ne pas en faire de même pour le contentieux médical ? Grâce à l'intervention de l'expert, cette première phase aurait ainsi pour conséquence d'épurer une partie du contentieux, pour lequel une procédure judiciaire ne serait pas forcément la solution adéquate. Cette procédure pourrait être le complément de la phase de conciliation préalable, instaurée devant les CRCI par la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, apparue jusqu'alors comme insuffisante⁹²⁰, et aurait un effet bénéfique sur la masse du contentieux, donc sur la résolution des litiges. Cette procédure pourrait alors être le contrepoids idéal d'une judiciarisation de la médecine aujourd'hui bien installée et croissante.

454. La hausse certaine du nombre de contentieux relatifs à la responsabilité médicale pour faute a eu pour conséquence, une forte dégradation du climat de confiance entre médecin et patient.

455. Ainsi, l'introduction systématique des modes alternatifs de règlements des conflits, fortement ancrée dans la culture juridique américaine, ne pourrait que pallier ce manque de communication qui aboutit trop souvent à des procès dont l'utilité est à remettre en cause.

456. Droit français et droit américain pourraient alors se rejoindre sur les règles du contentieux du droit de la responsabilité médicale. Cette hypothèse est d'autant plus plausible que les deux droits répondent des mêmes principes. Faute, préjudice et lien de causalité sont ainsi des critères exigibles dans les deux réglementations alors même que leurs interprétations sont différentes. A cet égard, on reproche au droit américain d'être bien trop laxiste sur l'engagement de la responsabilité des professionnels de santé. Cette souplesse viendrait non seulement des règles d'interprétation de la faute médicale et de sa sanction, mais surtout des règles de procédure applicables. Ainsi la pratique des dommages et intérêts punitifs, les « *class actions* » ou les jugements par jury seraient de nature à favoriser le contentieux de la responsabilité médicale.

457. Pourtant, tout au long de cette analyse, il nous est apparu que les craintes et les influences venant d'outre atlantique concernant le droit de la responsabilité médicale pour faute pouvaient, en réalité, être des outils de régulation du contentieux à la condition qu'ils soient totalement maîtrisés, encadrés par notre droit et nos principes fondamentaux. Il est en effet déterminant de rétablir l'équilibre dans la relation de soins afin d'éviter tout débordement et de maîtriser le contentieux de la responsabilité médicale pour faute ainsi que la crise des assurances qui l'accompagne.

⁹²⁰P. MISTRETTA « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) ou les désillusions du règlement amiable des litiges médicaux », JCP G. 2006.I. 198

458. A cet égard, nous pensons qu'un retour à une appréciation plus subjective de la faute médicale serait de nature à rétablir l'équilibre de la relation de soins. Cette conception pourrait être matérialisée par un système de gradation des fautes, les plus légères devant être prises en charge par la solidarité nationale en tant que risques inhérent à l'activité médicale et les plus lourdes, celles qui sont inexcusables en raison de leur particulière gravité, devant à l'inverse être soumises aux dommages et intérêts punitifs comme en droit américain. Cette hiérarchisation existe déjà en droit social et en droit administratif français, il suffirait alors de l'adapter au droit de la santé. Par ailleurs, les « *punitives damages* » réguleraient sans aucun doute, les comportements les plus vindicatifs et les plus malveillants par leurs effets préventifs et moralisateurs. Les montants qui en résulteraient ne seraient pas octroyés à la victime au titre de la réparation intégrale de son préjudice mais au fond de compensation qui prendrait en charges les fautes médicales les plus légères. Les victimes ne ressentiraient plus le besoin de faire valoir leurs droits devant les juridictions pénales.

459. Les actions de groupe pourraient également participer à rétablir l'équilibre de la relation de soins. Elles pourraient en effet faciliter l'accès à la justice des personnes dont le préjudice représente un intérêt financier trop faible face au coût d'une action en justice, alors même que le professionnel concerné mériterait d'être sanctionné. Aujourd'hui exclue du champ d'action de la loi car limitée aux préjudices de consommation, les « *class actions* » pour préjudices de santé mériteraient d'être introduites dans notre droit positif, non seulement parce que le domaine de la santé est aujourd'hui largement rattaché au domaine de la consommation, mais aussi parce que notre arsenal juridique nous protégerait des dérives qu'ont connues les Etats-Unis à ce sujet.

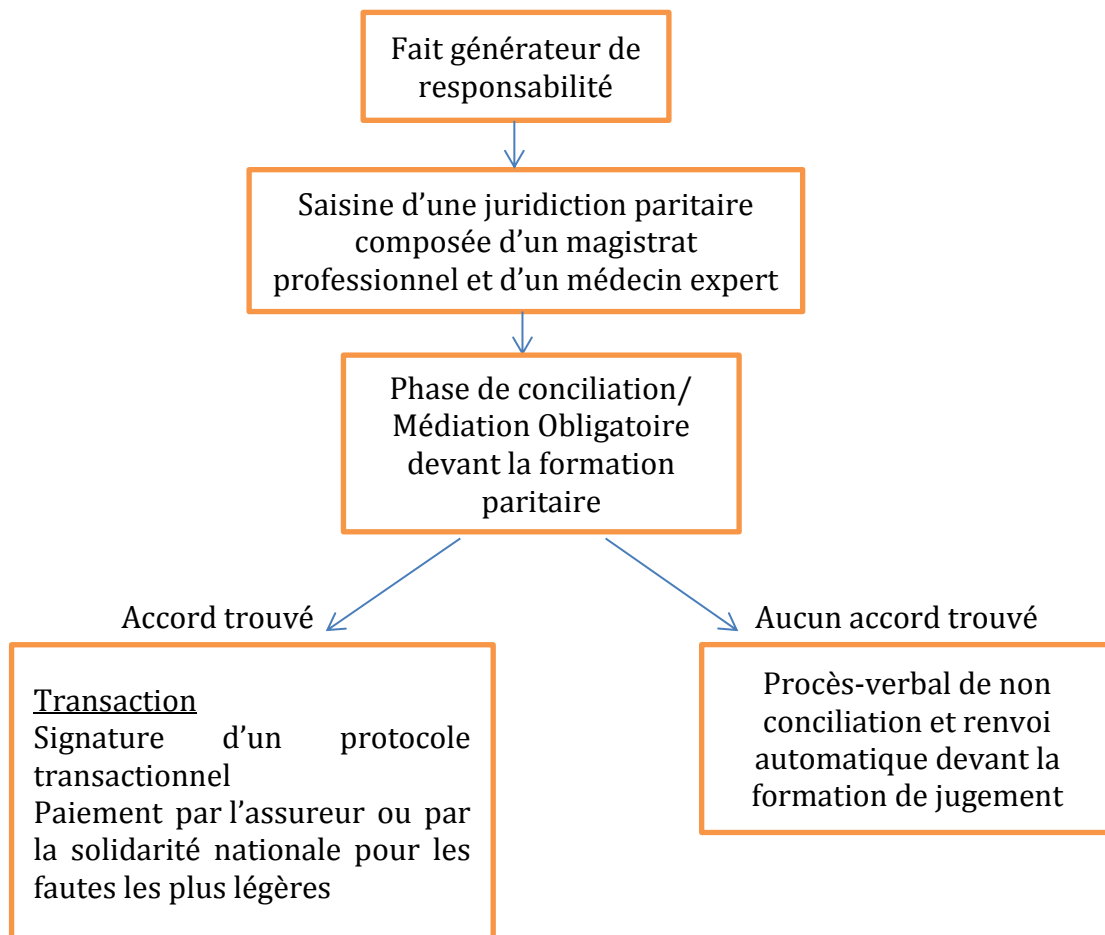
460. Toutefois, nous pensons très fortement que tout le poids de la responsabilité ne doit pas reposer sur les seuls professionnels. Si les patients, ont des droits et des devoirs en tant qu'acteurs du système de santé, il est important de les responsabiliser davantage et de leur faire prendre conscience du poids que représente la réparation du dommage, notamment en leur imposant, dans la mesure du possible, la minimisation de leurs préjudices. Ne pas la prendre en compte devrait être considérée comme l'équivalent d'une faute de la victime qui serait de nature à diminuer le montant de sa réparation.

461. Contre toute attente, le contentieux de responsabilité médicale pour faute pourrait dès lors trouver un intérêt à cette influence américaine tant redoutée. Ainsi, la judiciarisation de l'activité médicale, la hausse des primes des assurances, la crise du secteur, la pratique de la médecine défensive et la dégradation du climat de confiance au sein de la relation médicale, sont tout autant de problématiques auxquelles il n'est pas impossible de trouver des solutions inspirées de la pratique d'outre atlantique.

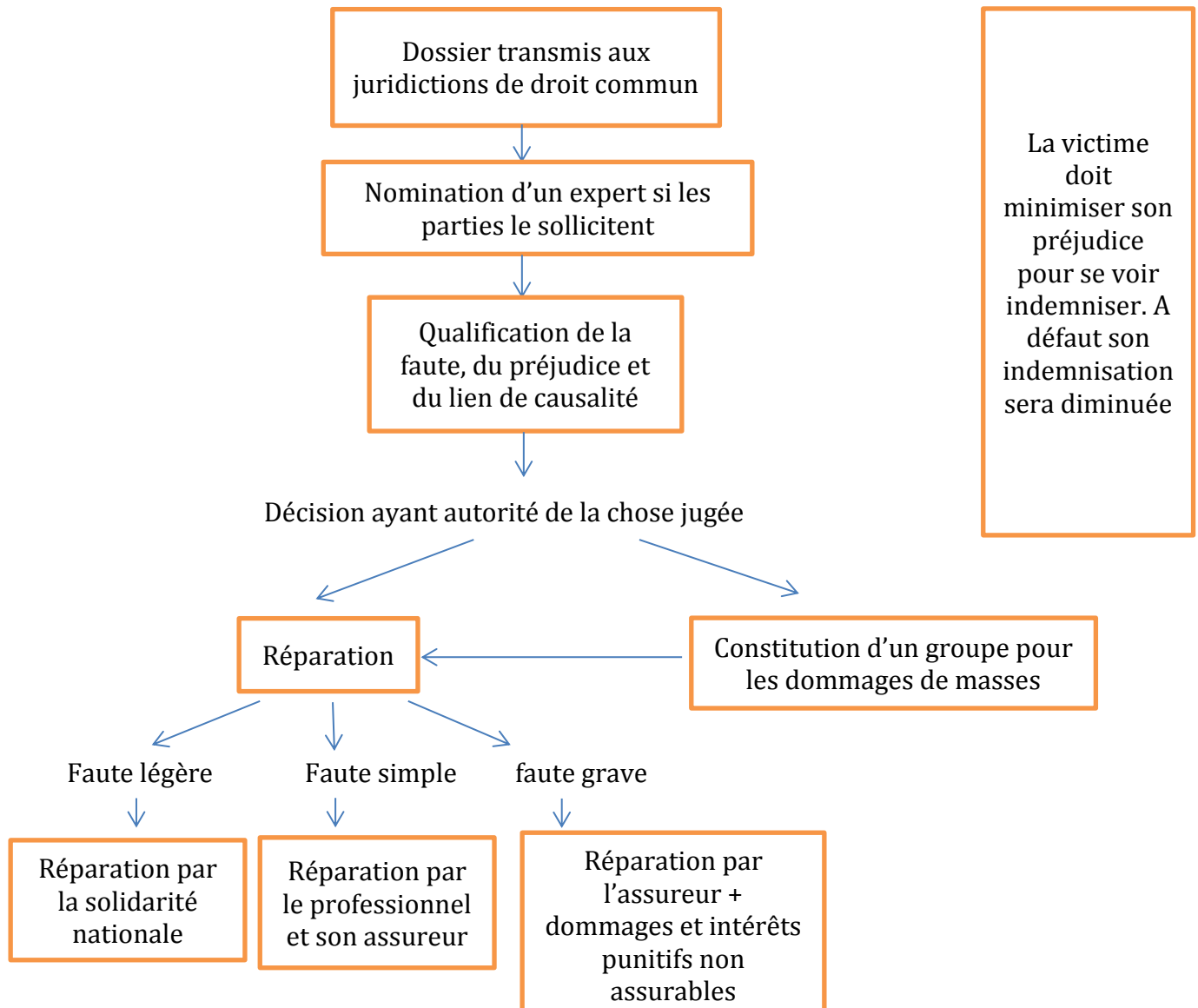
462. Notre travail s'est attaché à l'étude comparative des systèmes français et américain de la responsabilité pour faute médicale car nous pensons que le droit comparé est une source importante de droit positif pour nos législations contemporaines. « *Common law* » et droit romano germanique constituent en effet deux grands systèmes de droit qui gouvernent nos sociétés occidentales et auxquels nous devons nous intéresser, particulièrement dans un contexte de mondialisation. L'étude des droits étrangers devient alors une véritable nécessité à laquelle les juristes d'aujourd'hui doivent s'intéresser pour faire avancer le droit.

Proposition de réforme du système juridique de responsabilité médicale pour faute

Procédure avant jugement



Procédure judiciaire en cas de non conciliation



Bibliographie

BIBLIOGRAPHIE RELATIVE A LA PREMIERE PARTIE

TRAITES, MANUELS, COURS DROIT FRANÇAIS

- APPLETON P., Droit médical, 2ème édition, Librairie du monde médical, Paris 1939,
- BERNARD H. et SAURY R., Le consentement, information, autonomie et décision en médecine, Masson, 1998,
- CADIET L., JEULAND E., Droit judiciaire privé, 2009, 4ème édition, Lexisnexis,
- CARBONNIER J., Droit Civil, Les biens, Les obligations, PUF, 2004,
- CARBONNIER J., Droit civil, t. 4, PUF, Thémis, 8ème éd.,
- CARROL R., Risk and Management Handbook for Health Care Facilities, The American Hospital Publishing, Jossey Bass, 1990,
- CLEMENT J.M. et CLEMENT C., Cours de droit hospitalier, Les études hospitalières, 2004, t 2,
- COLLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaires de droit civil français, D. 3ème éd., t. 2,
- CORNU G., Vocabulaire juridique, éd. PUF, 2001,
- DAVID R. et C. JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, D. 11ème éd.,
- DEMICHEL, Droit médical, Berger-Levrault, 1983,
- DEMOGUE R., Traité des Obligations en général, t. 5 et 6, A. Rousseau, 1923-1933,
- DORSNER-DOLIVET, La responsabilité du médecin, éd. Economica, 2006,
- DUBOURG-LAVROFF S. et DUPRAT JP, Droits et Libertés en Grande-Bretagne et en France, L' Harmattan, Logiques Juridiques, 1999,
- ELGUIZ F., Dictionnaire permanent de Bioéthique et de Biotechnologies, Les éditions législatives,
- FLOUR J., J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, t.2, Le fait juridique, A. Colin, 10ème ed., 2003,
- FLOUR J., J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, Les obligations, t. 2, 4ème édition, A. Colin, 2006,
- GAUDEMET Y., Traité de droit administratif, LGDJ, 16ème ed., t 1,
- GERKENS J.F., Droit privé comparé, 1ère éd., Larcier, 2007,
- GIFFARD A.E et R. VILLIERS, Droit romain et ancien droit français, Dalloz, 4ème éd. Paris, 1976,
- GIRARD P. F., Manuel élémentaire de droit romain, A. Rousseau, 1906,
- GROUTEL H., Le critère du contrat de travail, Mélanges Camerlynck, éd. D., 1978,
- GUILLIEN R., VINCENT J., GUINCHARD S., MONTAGNIER G., BOYER L., Lexique des termes juridiques, Petits codes Dalloz, D., 14ème éd.,
- GUINCHARD S., J. BUISSON, Procédure pénale, lexisnexis 3ème éd., 2005,

- JOSSERAND L., Cours de droit civil positif français, Recueil Sirey, 3ème éd., 1939, t 2,
- Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances,
- KRORNPROBST L., Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française, Flammarion, 1957,
- LAMBERT-FAIVRE Y., Droit du dommage corporel-Systèmes d'indemnisation, D., 4ème éd,
- LAMY, Droit de la santé,
- LAUDE A., B. MATHIEU, TABUTEAU D., « Droit de la santé », PUF, 2ème éd.,
- Le TOURNEAU P. et L. CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 1996,
- Le TOURNEAU P. et L. CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, D., éd. 2002/2003,
- LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, D., 16ème éd., 2007,
- MAISTRE P. du CHAMBON, Brèves observations sur quelques aspects de l'avant-projet de recodification du droit de la responsabilité civile, Études offertes à H. GROUDEL, Litec, 2006,
- MALAURIE P., L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 2003,
- MALICIER D., A. MIRAS, P. FEUGLET, P. FAIVRE, La responsabilité médicale : les données actuelles, Lacassagne, 1992,
- MAZEAUD H., L. et J., Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 2, Montchrestien, 6ème éd, 1970,
- MEMETEAU G., « Propos informels sur les responsabilités civiles médicales en Amérique du Nord », La responsabilité médicale : de la faute au risque, ENM, 1996,
- MEMETEAU G., Cours de droit médical, 3ème édition, Les Etudes hospitalières, 2006,
- PIN X., Le consentement en matière pénale, LGDJ, 2002,
- PLANIOL M. et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, LGDJ, t. 4, 2ème éd.,
- PORCHY-SIMON S., Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement privé de santé du fait du médecin, Mélanges Lambert, D., 2002,
- POTHIER R-J., Traité des obligations, éd. D., 1821,
- POZGAR G., Legal Aspects of Healthcare Administration, 10th ed., Jones and Bartlett Publishers, 2007,
- PRADEL J. et M. DANTI-JUAN, Droit pénal spécial, Cujas, 5ème ed., 2010,
- PUGH G.W., « Administration de la justice criminelle », Droit des Etats-Unis, Dalloz. 2ème éd., 1994
- RIVERO J., Droit administratif, Dalloz, 2006
- ROUHETTE G., Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Mélanges Rodière, Dalloz, 1981,

- SAINT-PAU J.-C., Jurisclasseur Classeur Civil, Lexisnexis,
- SALEILLES R., « Le risque professionnel dans le Code civil », La réforme sociale, 1898,
- SERIAUX, Droit des obligations, PUF 1992,
- STARCK B., H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, Obligations, Responsabilité délictuelle, t 1, Litec, 5^{ème} éd., 1996,
- STEINBECK B., Life before birth, Oxford University Press, 1992,
- TERRE F., Introduction générale au droit, Dalloz, 4^{ème} éd., 1998,
- TERRE F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Précis D., 9^{ème} éd. 2005,
- TREITEL G., Introduction to Contract law, Clarendon Press, 1995,
- TUNC A., « La responsabilité civile », Economica, 1989,
- TUNC, « Le Restatement du droit des Etats-Unis et l'œuvre de l'American Law Institute », Journal des Tribunaux (belge), 1951,
- VAN DE KERCHOVE M. et A.-J. ARNAUD, Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993,
- VEDEL. G. et P. DELVOLVE, Droit administratif, Thémis, 1990
- VILLEY R., Histoire du secret médical, Seghers, 1986,
- VINEY G. et B. MARKESINIS, La réparation du dommage coporel : essai de comparaison des droits anglais et français, Préface A. TUNC, Economica, 1985,
- VINEY G., Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008
- VINEY G., JOURDAIN P., GHESTIN J., Les conditions de la Responsabilité, Traité de droit civil, 3^{ème} ed., LGDJ, 2006,

OUVRAGES, TRAITES, MANUELS, COURS,
DROIT AMERICAIN

- American Medical Association, Principles of Medical Ethics, 535 North Street Chicago, Illinois 60610, Section 5
- BMJ, « Annual cost of medical liability in US », 341: c4905, 2010;
- BUCKLAND W.W. and A. D. Mc NAIR, Roman law and Common law, 2nd edition, Revised by F.H.LAWSON, Cambridge Univ. Press, 1965,
- CAMPBELL BLACK H., Black law Dictionary Definition of the terms of American and English jurisprudence ancient and modern, 4th ed, West publishing, 1968
- DANZON P.M., Medical malpractice, Theory, Evidence and Public policy, Harvard University Press, 1985,
- EPSTEIN R., Simple rules for a complex world, Harvard University Press, Chap. V, Torts, 1997,
- FURROW B.R., T. L. GREANEY, S. H. JOHNSON, T. S. JOST, R. L. SHWARTZ, Health law, 2nd ed., Saint Paul, MN: West group, 1999,
- GOLDBERG J. C.P., R. H. SITKOFF, Torts and Estates: Remediying Wrongful Interference with Inheritance, Harvard Law School Cambridge, MA 02138, JOHN M. OLIN CENTER FOR LAW, ECONOMICS, AND BUSINESS, Draft of July 25, 2012, 65. Stan. L. REV.
- GUDGEK K., « Access to medical records », Legal nurse consulting : Principles and practice, J. BREWER BOGART, N.Y. CRC Press, 1998,
- HAVIGHURST C., « When does a patient doctor relationship exist ? » , Health care law and Policy : Readings, Notes and Questions, University casebook series, Fondation Press, 1988,
- J. MAXCY ZANE, The story of law, 2nd edition, Indianapolis liberty fund, 1998,
- KOURHY L., Uncertain causation in Medical Liability, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006,
- MARINON J.L., Tort law New York, Marino Bar Review Course, 1978,
- McCELLAN F., Medical Malpractice Law, Tactics and Ethics, Philadelphia : Temple Univ. Press, 1994,
- MILLER R.D., Problems In Health Care Law, Jones & Bartlett Learning, 2006,
- MOHR J.C., « Doctors and the Law : Medical Jurisprudence in Nineteenth-Century America», New York, Oxford University Press, 1993,
- MOORE T.A., American law of medical malpractice, the basis in law, Westlaw, 2003,
- PEGALIS S. E. et H. F. WACHSMAN, American law of medical malpractice, Vol 1., 2nd ed., Deerfield, IL, 1992,
- R. E. SHANDELL and P. SMITH, F.A SCHULMAN The preparation and Trial of Medical Malpractice Cases, rev'd ed., Law Journal Press, 1990,
- The institutes of Justinian, 3rd edition. Translate by J.B.MOYLE, Oxford The Clarendon Press, 1886,
- WEIR T., Tort Law, Oxford Univ. Press, 2002,

THESES

- BELLISSENT J., Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, LGDJ, collection Thèse, 2001,
- CADIET L., Le préjudice d'agrément, Thèse Poitiers, 1983,
- CALFAYON C., Essai sur la notion de préjudice, Thèse Paris I, 2007
- PENNEAU, J. « Faute et erreur en matière de responsabilité médicale », LGDJ, Thèses, 1973,

RAPPORTS ET COLLOQUES

- BURGELIN J.-F., « L'obligation d'informer expliquée aux médecins », Rapp annuel C. Cass., Doc. Fran., 1999.,
 - Cour de cassation, Rapport annuel 2007, « La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », La documentation française, p. 230 n° 2.1.1.1.2.1.
 - PORCHY-SIMON S., « La clause de conscience des médecins : portée et limites », colloque 12 avril 2002, « Sommes-nous propriétaires de notre santé ».
-

ARTICLES ET CHRONIQUES

DROIT FRANCAIS

- ADAM C., M. HARANG, S. ROUSSEAU, M. SIERRA, « Les Etats-Unis : système de soins et responsabilité médicale », Actualité Jurisauté, n°31, janv. 2001, pp. 14-22
- ALLEMAND H., M.F JOURDAN, « Sécurité sociale et références médicales opposables », Rev. Méd. Ass. Maladie, n° 3, juillet-septembre 2000
- ARMANI MEKKI S., « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », JCP G 2008.I. 160
- AUBERT J-L., « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère n'aurait pas dû être », D. 2001.489 ;
- AYNES L., « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », D. 2001.492;
- BERNADI M., A-F MINOT, M. TERPEREAU, « La responsabilité médicale aux Etats-Unis » Act. Jurisauté, n°43, 2003, Responsabilité médicale et droit comparé, p 15
- BERTHIAU D., « Comprendre le principe d'autonomie en droit de la santé », Médecine et droit n° 77, 2006, pp. 53-60
- BURGELIN J.-F., « L'obligation d'informer expliquée aux médecins », Rapp annuel C. Cass., Doc. Fran., 1999., p. 71
- BYK Ch., « Urgence et thérapie : rigueur et évolution du droit », RGDM. ,n°3, 2000, p. 9 et s.
- CHABAS F. « Remarques sur la responsabilité des médecins psychiatres et des cliniques psychiatriques en droit privé », Gaz. Pal. 1980, 2, doct. p 46
- CLEMENT C., « Référé liberté fondamentale et refus de soins », LPA, n°61, 26 mars 2003, p. 4 et s.
- COMMARET D., « La responsabilité pénale des décideurs en matière de délits non intentionnels depuis la loi du 10 juillet 2000 », Gaz. Pal. 10-11 sept. 2004, p. 3
- DELMAS-MARTY M., « À propos du secret professionnel », D. 1982, doct. p. 268 ;
- DOLL J.P, «La responsabilité civile de l'expert judiciaire », A.J.P.I., 1974, p.779
- DREIFUSS-NETTER F., « Feue la responsabilité civile contractuelle de médecin? », Resp. civ. et ass., octobre 2002, p. 4
- DREIFUSS-NETTER F., « La Santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Avant-propos, Rapport annuel de la Cour de cassation, éd. La documentation française, 2007, p. 45
- DREYER E., « La causalité directe de l'infraction », D. PEN, 2007, n°6, étude n°9.
- DRUCKER J. et M. FAESSEL-KAHN, « L'exemple américain », Les Tribunes de la santé, 2004, n°5, p. 31 à 38
- FAGOT-LARGEAULT A, « Le consentement éclairé: historique du concept de consentement », Médecine et Droit, 1995; n°6, pp.55-56.
- GAUTHIER P.-Y, « A propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », JCP G 2001.I.287;
- GHESTIN J., « Le rôle de la pratique dans la formation du droit, rapport général », Travaux de l'association H. CAPITANT, 1938, Genève

- GUIGNARD L., « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », RRJ, 2000, p. 45,
- GUILLON A., « L'omission de porter secours et la profession médicale », JCP G 1956. I. 1294 ;
- HAVIGHURST C., « When does a patient doctor relationship exist ? » , Health care law and Policy : Readings, Notes and Questions, University casebook series, Fondation Press, 1988, p 757
- HOCQUET-BERG S. , « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », Gaz. Pal. 1998, I, doct. p. 2
- JACKSON V.B., « La prescription quadriennale des créances détenues sur l'administration », RDP, 2001. 865
- JOSSEMAND L., « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », D. 1939, chon. 39 ;
- JOSSEMAND L., « De la responsabilité des choses inanimées », Thèse, Rousseau, 1897, D. 1909.2.245; D. 1909.1.73; D.1904.2.257
- LAUDE A., « la judiciarisation de la santé », Question de santé publique, n°20, p.13
- LEDUC F., « handicap génétique ou congénital et responsabilité civile », Resp. civ. et ass. 2001, chron., p. 4 ;
- LOKIEC P., « La décision médicale », RTD civ. 2004 p. 641
- MARKESINIS B., « Reflexions d'un comparatiste sur et à partir de l'arrêt Perruche, RTD civ. 2001.77;
- MARKUS J.P., « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales », AJDA 2005, p. 1008
- MAYAUD Y., « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », D. 2000, chon., p. 603
- MAZEAUD D., « Reflexion sur un malentendu », D. 2001.352 ;
- MELENNEC L. , J. SICARD et R. TORTAT, « Le médecin et l'abstention délictueuse », Gaz. Pal. 1977.I. doct. p. 66
- MEMETEAU G., « L'action de vie dommageable », JCP G 2001. I. 279; Ch. RADE, « Etre ou ne pas être? Telle n'est pas la question », Resp. civ. et ass. 2001, chron., n°1;
- MERSCH A., « Le refus de soins devant le Conseil d'Etat », Droit administratif, JCP juillet 2002, chroniques, p. 5 et s.
- NEFUSSY-VENTA N., « Les « bébés » des arrêts Perruche et Quarez : une espèce en voie de disparition. À propos du jugement du tribunal administratif de Nantes du 7 avril 2010 et de la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010 », Droit de la famille, 2010, n° 12, étude 34
- NERSON R., « Le respect par le médecin de la volonté du malade », Mélanges Marty, p. 870
- PENNEAU J., « Recommandations professionnelles et responsabilité médicale ». Actualités Jurisanté, 1997/10, n°19, p 13 et s.
- PETIT J., « La santé, malade de la justice ? ou ... le juge, le médecin et le citoyen », La lettre de presaje, 2008, n°23
- PORCHY-SIMON S., « Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002 », Res. civ. et ass., JCP, déc. 2002, chroniques, p. 4 et s.
- PORTES L., « Du consentement du malade à l'acte médical », La Recherche d'une Éthique Médicale, Masson, 1964, p.159

- PRADEL J., « La seconde mort de l'enfant conçu, A propos de l'arrêt d'Assemblée Plénière du 29 juin 2001 », D. 2001, chron., p. 2007
- RADE Ch., « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », D. 2003. 2247
- RADE Ch., Resp. civ. Ass. 2006, n°11, p. 21
- RIOT C., « L'exercice subordonné de l'art médical », D. 2006, chron. p. 111
- ROUGE-MAILLART C., N. JOUSSET, A. GAUDIN, J. PENNEAU « Loi anti Perruche : suite et...suite », J. Gyn. Obst et biol., 2006, n°2, vol. 35, pp. 163-168
- ROUSSET G., « Judicialisation et juridicisation de la santé : entre mythe et réalité », Carnets de Bord, 2009; n°16 p.23
- SARGOS P., « Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin », Méd. et Dr., n°24, 1997, p. 2 et s.
- SARGOS P., L'exigence de précision du geste en matière d'intervention médicale ou de chirurgie dentaire, Médecine et Droit 2000, n°43, p 10
- SAVATIER R., « Comment repenser la conception actuelle française de la responsabilité civile », D. 1966, 9 nov. 1966.
- STOFFEL-MUNK Ph., chronique de responsabilité civile, JCP G 17 sept. 2008, n° 38.I. 186
- SUPIOT A., « Les nouveaux visages de la subordination », RDS. 2000. 131
- THOUVENIN D., « Le secret médical : droit ou devoir professionnel », RDSS, 1982, p. 586
- TRUCHET D., « La décision médicale et le droit », A.J.D.A., 1995, p. 611.
- F. VIALLA, « Retour à Costedoat », Rev. Droit & Santé, 2007, n°20, p. 730
- VILLEY M., « Esquisse historique sur le mot responsable » et J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens du mot responsabilité », Arch. Phil. Droit, 1977, p. 45 et s.
- VINEY G., « Brèves remarques sur un arrêt qui affecte l'image de la justice », JCPG 2001.I.286
- VINEY G., « La responsabilité », Arch. Phil. Droit, 1990, p. 125.
- VIOUX J-O. et V. SAHUC, « Evolution de la notion de responsabilité médicale » RFD Comp, 1989, n°15, p. 287-290

ARTICLES ET CHRONIQUES ETATS-UNIS
DROIT AMERICAIN

- BARAK AHARON, « A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy », Harvard Law Review, , 2002, vol. 116 : 16 p. 19
- DALEY T.T., Pretrial, « Preparations can improve a Physician's Value as an Expert Witness », Canadian medical association journal, 1996, vol. 154, p. 573 (Guidelines n°12)
- DIAS P. W.M. et B.S MARKESINIS, « The English Law of Torts. A comparative Introduction », vol. 28 n°4, 1976, p. 852, comparaison des droits anglais et français », RID comp., vol. 38 n°3, 1986. pp. 997-999
- GALLIGAN C. T. Jr, « Contortions along the boundary between contracts and torts », Tulane Law Review. Vol. 69. n°2, 1994, p 476 et s.
- LAINE C. & F. DAVIDOFF, « Patient-centered medicine, a professional evolution », J.A.M.A, 1996, vol. 152, p. 275
- MARKESINIS B., « Reading through a foreign judgment, Essays in celebration of John Fleming », The law of obligations, Oxford University, Clarendon press ,1998, pages 261 à 279.
- MASON J.K., Medico legal aspects of reproduction and parenthood, Dartmouth Pub Co, 1998, p. 161 et s. ;
- MERCHANT J., « Torts for wrongful birth/life and prenatal abuse, natalité et procréation : le rôle fondamental du judiciaire américain », Revue française d'étude américaines, n° 68, 1996, pp. 50-61
- MOHR J.C, « American medical malpractice litigation in historical perspective », JAMA. 2000; 283(13):1731-1737. doi:10.1001/jama.283.13.1731.
- NOAH L., « Informed consent and the elusive dichotomy between standard and experimental therapy », Am J Law Med, 2002, vol. 28, p. 367 et s.
- SANDOR Andrew A., « The history of professional liability suits in the United States », JAMA. 1957, 163(6) :459-466. doi: 10.1001/jama.1957.82970410010018.
- SUMMERS R. S., « Professor H.L.A. Hart The concept of law », Duke Law Journal, vol. 1963 : 629
- THOMAS C., Jr GALLIGAN, "Contortions along the boundary between contracts and torts", Tulane Law Revue. Vol. 69. n°2, 1994, p 476.
- VICKERY Alan B., « Breach of Confidence : An Emerging Tort », Law Revue, 1982, p. 1451
- VIDMAR N., Sh. SEIDMAN DIAMOND, Juries and expert evidence, 2001, Brooklyn law Review, p. 1121

TABLE DES DECISIONS ET LEURS COMMENTAIRES

Notes et observations de jurisprudence

Droit français

- ALIBERT, note sous T.C. 14 janv. 1935, Thépaz, S.1935.17,
- AUROY N. et CRETON C., note sous Civ. 1ère, 3 juin 2010, D. 2010. 2092,
- BACACHE M., obs. sous, Cass. Civ. 1ère, 6 déc. 2007, D. 2008. 1908,
- BERT D., obs. sous, Civ. 1ère, 3 juin 2010, D. 2010. 1801,
- BILLAU, note sous, Cass. A.P, 14 déc. 2001, J.C.P. 2002. 2. 10026,
- BILLIAU M., obs. sous, Cass. A.P. 6 oct. 2006, JCP G, 2006.2.10181,
- BON et TERNEYRE; commentaire sous, CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V, D. 1993, somm.146,
- BON P. et TERNEYRE Ph. obs. sous, CAA LYON, 21 déc. 1990, Gomez AJDA 1991, p. 157 ;
- BONNEAU J., note sous, Cass. 2ème civ., 24 janv. 1996, Gaz. Pal. 1997, 2, 630,
- BONNEAU J., note sous, Cass. crim. 25 juin 2002, Gaz. Pal. 2003.1.14,
- BOUVIER F.; note sous, Cass. civ. 1ère, 29 mai 1984, D. 1985.281.
- BRETON A. note sous, Cass civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier, S. 1937.1.321,
- C. RADE C., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 24 janv. 2006, Resp. civ. et assur. 2006.90,
- CACHARD O., note sous, Cass. civ. 1ère, 9 oct. 2001, JCP.G 2002.2. 10045,
- CASTANIER M. et CASANOVAS G., note sous, CE, 21 mars 2008, Gestion Hospitalière, juin 2008; n° 477, pp. 434-436
- CHABAS F., note sous, Cass A.P., 13 juillet 2001, JCP G 2001.2.10601;
- CHABAS F., note sous, Cass. A.P., 17 nov. 2000, arrêt Perruche, JCPG 2000.2.10438,;
- CHABAS F., note sous, Cass. civ. 1ère, 20 juin 2000, Gaz. Pal., 2001. 584,
- CHABAS F., note sous, Cass.civ. 1ère, 8 nov. 2000 ; JCP G 2001.2.10493,
- CHABAS F., obs. sous, Cass. A.P, 14 déc. 2001, Droit et Patri. , mars 2002, p.94,
- CHABAS, note sous, Cass civ., 9 nov. 2004, D. 2005. 253,
- CHAZAL J-P., note sous, Cass. civ. 2ème, 19 juin 2003, D. 2003. 2326,
- CLEMENT C., note sous, Cass. civ. 1ère, 9 oct. 2001, LPA, n°243, 6 déc. 2001,
- CLEMENT C.; note sous, CE, 26 oct 2001, LPA, n° 11, 15 janv. 2002, pp 18-21,
- CLEMENT C.; note sous, CE, ord. 16 août 2002, L.P.A., n° 61, 26 mars 2003, pp. 4-10
- COMBALDIEU R., note sous, Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, D.1970, 201,
- CONTAMINE-RAYNAUD, note sous, Cass. ch. mixte., 30 avr. 1976, D. 1977. 185,
- CONTE P., note sous, Cass. crim, 13 nov. 2002, D. 2004. 1336,

- COULET W., note sous, CE, 28 oct. 1955, Ville de Rueil-Malmaison c/ Lepage AJDA 1956.74,
- DARRET-COURGEON I., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 16 janv. 2013, D., 2013.598,
- De BECHILLONNOTE D., sous, CE, 26 oct 2001, RFDA 2002.156
- DECHEIX P., note sous, CE, 11 févr. 1972, AJDA 1973.106, « Le secret professionnel : un droit de l'homme mis à mal », D. 1983.133 ;
- DEGUERGUE M., note sous, CE, 26 oct 2001, AJDA 2002.259
- DEIS- BEAUQUESNE S., note sous, Cass, civ. 1ère, 13 nov. 2002, D. 2003.580,
- DELEBECQUE P., JOURDAIN P. et D.MAZEAUD D., obs. sous, Cass. A.P., 19 déc. 2003, D. 2005. 185,
- DELEBECQUE Ph., obs. sous, Cass., com., 1er oct. 1997, D. 1998. 1999,
- DELHAYE A., note sous, Cass. civ. 1ère, 25 juin 2009; « Erreur de diagnostic et responsabilité du médecin psychiatre » ; Gaz. Pal., n° spé. 22-24 nov. 2009, p. 37
- DEMOGUE R., obs. sous, Cass civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier, RTD civ. 1936, p. 691,
- DUBOUI L., note sous, CE, 26 oct 2001, RDSS 2002.41
- DULUC K., M-T PAIN-MASBRENIER, note sous, CE, 26 oct 2001, RGDM, n° 8, 1er oct. 2002, pp. 111-118,
- DUMERY A., note sous, Cass civ. 1ère, 17 janv. 2008, D. 2008.1256,
- DUPIN, note sous, Cass, requ. 18 juin 1835, Arrêt Thourey c/ Guigne, D.P 1835.1. 300;
- DURRY G., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 14 déc. 1982, RTD civ. 1983. 342,
- DUVAL-ARNOULD D., note sous, Cass, civ. 9 nov. 2004, JCPG 2005. 327,
- DUVAL-ARNOULD, note sous, Cass. civ. 1ère, 15 juin 2004, D. 2004. 2682,
- E.P, note sous, Cass civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier, DP. 1936.1.88
- ESPER C., note sous, CE, 20 juin 1997, Theux, Rec. CE, p. 254, Dr. adm. 1997, comm. n°358,
- FAURE G., M. DAURY-FAUVEAU, F. HENOT, note sous, CE, ord. 16 août 2002, L.P.A., n° 85, 29 avr. 2003, pp. 6-17, ,
- FOURNIER et BRAIBANT, note sous, T.C., 25 mars 1957, A.J.D.A. 1957.2. 177,
- FRAISSEX J., note sous, CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V, Rev. Adm. 1993, p 561,
- GALLEMEISTER I., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 16 janv. 2013, D. 2013. 244, Actualités,
- GALLMEISTER I., note sous, Cass. civ. 1ère, 24 janv. 2006, D. 2006.IR.325,;
- GOUTTENOIRE A. et S. PORCHY-SIMON note sous, C.E., 4ème, 5ème sous-section réunies, 24 fév. 2006, J.C.P. 2006.2.10062,
- GROUTEL H., note sous, Cass civ. 2ème, 9 déc. 2004, Resp civ et ass., 2005.50,
- HAIM ; note sous, CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V, LPA, 1992, n°80, p. 23,
- HARICHAUX M., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 14 oct. 1997, RDSS, 1998. 68;
- HAUSER J., note sous, Cass. Civ. 1ère, 6 déc. 2007, RTD civ. 2008. 272,
- HAUSER J., obs. sous, CE, 26 oct 2001, RTD civ. 2002. 484
- HEILBRONNER, note sous, CE 8 nov. 1935, Dame Vion et Dame Philipponneau, Rec. CE, p. 1019, 1020 ; D. 1936, III,
- HOCQUET-BERG S., note sous, Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2007; JCP G 2007. 2. 10162,
- J.-F. BARBIERI J., note sous, Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2007; LPA, n°248, 2007,
- J.MOREAU, obs. sous, CAA LYON, 21 déc. 1990, Gomez, JCP 1991, 2, 21698,
- J.PENNEAU J., note sous, Cass. civ. 1ère, 8 janv. 1985, D. 1986. 390
- J.SAINTE-ROSE J., avis sous, Cass. civ. 1ère, 24 janv. 2006, Gaz. Pal., 14 fév. 2006,
- JOURDAIN P., note sous, Cass A.P., 13 juillet 2001, D. 2001.2325.
- JOURDAIN P., note sous, Cass.A.P., 17 nov. 2000, arrêt Perruche, D. 2001.336
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass, civ. 1ère, 9 avr. 2002, RTD civ. 2002.516,
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. A.P, 14 déc. 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 109,

- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. A.P., 19 déc. 2003, RTD civ. 2004. 300,
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 24 janv. 2006, RTD civ. 2006.323 ;
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 26 mai 1999, R.T.D. civ. 1999, p. 634.
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 26 mars 1996, RTD civ., 1996. p. 623,
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. Civ. 1ère, 6 déc. 2007, RTD civ. 2008. 303,
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. civ., 1ère, 4 juin 1991, J.C.P 1991.2.21730,
- JOURDAIN P., obs. sous, Civ. 1ère, 3 juin 2010, RTD civ. 2010. 571,
- JOURDAIN, P. note sous, Cass. civ. 1ère, 9 avril 2002 ; R.T.D.civ. Juillet-Septembre 2002, n°3 p. 516-519
- JOURDAIN, P. obs. sous, Cass. A.P., 25 fév. 2000, R.T.D. civ. 2002, p. 109,
- JOYAU M., note sous, CE, 18 fév. 1998, RFDA. 1999, p.47,
- J-P MAGUENAND, obs. sous, CEDH 6 oct. 2005, RTD civ. 2005.743
- JULIEN J. et somm. 1317, obs. D. MAZEAUD ; note sous, Cass. A.P, 14 déc. 2001; D. 2002.1230,
- JULIEN J., note sous, Cass. A.P., 25 fév. 2000, D. 2000. 1230,
- KULLMANN J., note sous, Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2007; RGDA, 2008, n°2008-1,
- LALOU, note sous, Cass. civ. 13 fév. 1923, D. 1923. 1.52 ;
- LAMBERT-FAIVRE Y., note sous, Cass. A.P., 19 déc. 2003, D. 2004. 161,
- LANTERO C., note sous Civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-13.591, AJDA 2010. 2169,
- LE CORRE P. M., note sous, Cass. com. 22 mai 2000, JCP E 2000. 1140,
- LEDUCQ X., note sous, Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2007; Gaz. Pal. 2008, n°127,
- LEGAL, note sous, Cass. crim., 8 mai 1947, JCP G 1948.2.4141,
- LEVASSEUR G., obs. sous, C.A. Paris, 20 déc. 1971, Gaz. Pal., 1972, I, 317 ; RSC., 1972, 610,
- LIET-VEAUX, note sous, T.C., 25 mars 1957, Rev. adm. 1957. 247,
- LORENTZ, note sous, CA Nancy, 27 oct. 1965, D. 1966. 30,
- MARMOZ F., note sous, Cass. civ. 1ère, 9 oct. 2001, LPA, n° 52, 13 mars 2002, p. 17;
- MARON A., obs. sous, Cass. crim., 15 nov. 1995, D. PEN, 1996.100,
- MARON A., obs. sous, Cass. crim., 7 juil. 1993; D. PEN., 1993.255;
- MAUGUE Ch et TOUVET L., chronique sous, CE, 9 avr. 1993, Bianchi, AJDA, 1993.344,
- MAYAUD Y., note sous, Cass. A.P., 29 juin 2001, JCPG. 2002, I, 146, note CH. BYK ; D. 2001.2917,
- MAYAUD Y., obs. sous, Cass. crim, 13 nov. 2002 RSC. 2003, p. 331,
- MAYAUD Y., obs. sous, Cass. crim. 11 sept 2001 RSC 2002. 106,
- MAZEAUD D., note sous, Cass. Ass. plen., 17 nov. 2000, arrêt Perruche, D. 2001.332;
- MAZEAUD D., note sous, Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, « D'une source à l'autre... », D. 2002.2963
- MAZEAUD D., obs. sous, Cass. A.P. 6 octobre 2006, RDC 2007.269,
- MAZEAUD D., obs. sous, Cass. civ. 2ème, 19 juin 2003, D. 2004.1346,
- MAZEAUD D. et THUILLIER B., obs. sous, Cass. A.P., 25 fév. 2000, D. 2000.1317 et 2117,
- MERSCH A.; note sous, CE, 26 oct 2001, Dr. Adm. n° 7, 1er juil. 2002, pp 5-9,
- MESTRE J., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 14 oct. 1997, RTD civ. 1998.100;
- MISTRETTA P., note sous, Cass. crim. 13 fév. 2007 ; JCPG. 2007.2. 10107,
- MONNET, note sous, Cass. crim. 11 sept 2001Gaz. Pal. 2002. 2.1596,
- MONNIER S., note sous, Cass. A.P., 29 juin 2001, Gaz. Pal. 2002, 1, p. 12,
- MOREAU J., note sous, CE, 4 oct. 1968, Doukakis AJDA 1969.368,
- MOREAU J., note sous, CE, 9 avr. 1993, Bianchi, JCP. 1993.2.22061,
- MOREAU J., note sous, CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V, JCPG, 1992.2.21881,
- MOREAU J.; note sous, CE, 26 oct 2001, JCP n° 6, 6 fév. 2002, pp. 302-304,
- MURAT P., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 26 mars 1996, JCP 1996. 1. 3946,
- NEYRET L., obs. sous, Cass. Civ. 1ère, 6 déc. 2007, D. 2008.804,

- P JOURDAIN P., obs. sous, Cass. A.P. 6 octobre 2006, RTD civ. 2007.123,
- PENNEAU J., note sous, Cass, ass plen, 30 mai 1986. D. 1987.109,
- PENNEAU J., obs. sous, Cass, civ. 1ère, 19 déc. 2000, D. 2001.3082,
- PENNEAU J., obs. sous, Cass. civ. 7 déc. 2004, D. 2005.406,
- PENNEAU J., obs. sous, Cass. civ., 1ère, 4 juin 1991, D. 1993.24,
- PENNEAU J., obs. sous, Cass. crim., 4 mai 1982, D. 1982. IR.. 375,
- PLANTEY A.; note sous, CE, 28 oct. 1955, Ville de Rueil-Malmaison c/ Lepage JCP G 1956.2. 9051,
- PORCHY-SIMON S., CE, ass, 5 janv. 2000, Assistance publique hôpitaux de Paris et Consorts Tell, RFDA, 2000. 641
- PORCHY-SIMON S., note sous, Cass. civ. 1ère, 16 janv. 2013, D., 2013, p. 681, « Émergence d'une définition de la faute caractérisée dans le contentieux des préjudices liés à la naissance d'un enfant handicapé »,.
- PORCHY-SIMON S., note sous, Cass. civ.1ère, 27 mai 1998, D. 1999, jurispr. p. 21;
- PORCHY-SIMON S., note sous, Cass.civ.1ère, 7 oct. 1998 D. 1999, jurispr. p. 1455,
- PORCHY-SIMON S., note sous, CE, ord. 16 août 2002, Resp civ. et ass., n° 12, 1er déc. 2002, pp. 4-11
- PRADEL J., note sous, Cass. crim. 25 juin 2002, D.2002.3099,
- PRETOT obs. sous, CE 23 déc. 1987, Epoux Bachelier, Rec. CE, p. 431 ; AJDA 1988.364,
- RABUT A., note sous, Cass. civ. 1ère, 27 janv. 1970, JCP G 1974, 2, 16422,
- RADE C., note sous, Cass civ. 1ère, 17 janv. 2008, Resp. civ. et assur. 2008, comm. 110,
- RADE C., note sous, Cass, civ. 1ère, 9 avr. 2002, Resp. civ. et assur. 2002, chron. 13,;
- RASSAT M., note sous, Cass. A.P., 29 juin 2001, JCPG. 2001.2.10569,
- RASSAT M.L, note sous, Cass. crim. 25 juin 2002, J.C.P.G. 2002.2.10155,
- ROBERTIERE P., note sous, Cass. civ. 1ère, 16 janv. 2013, RDSS n° 52, mars 2013, p. 177, n° 8,
- ROCHE-DAHAN J., note sous, Cass. civ. 1ère, 26 mars 1996, D. 1997.35
- SALUDEN M., note sous, Cass. 1ère civ., 17 nov. 1982, JCP G 1983.2.20056,
- SARGOS P., note sous Civ. 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010. 1522,
- SARGOS P., note sous, Cass.civ.1ère, 7 oct. 1998 ; JCP.G. 1998.2.10179,
- SARGOS P., note sous, Cass. civ. 1ère, 6 déc. 2007 ; « Obligations d'information du médecin : conséquences du manquement médical », D. 2008.192 ;
- SARGOS P., note sous, Cass.civ.1ère, 7 oct. 1998 ; JCP.G. 1998.2.10179,
- SARGOS. P. note sous, Cass. Civ. 1ère, 6 déc. 2007, D. 2008.192,
- SAUTEL, O. Cass. crim. 25 juin 2002, « Récidive...Brèves considération sur l'arrêt de la chambre criminelle du 25 juin 2002 »;
- SAVATIER J., note sous, Cass. civ 1ère, 4 juin 1991, JCP G 1991.2. 21730,
- SAVATIER R., note sous Cass; civ. 1ère, 21 nov. 1978, JCPG 1979.2. 19033,
- SAVATIER R., note sous, Cass. 2ème civ., 28 janv. 1966, D. 1967, jurispr. p. 447,
- SAVATIER R., note sous, Cass. civ. 1ère, 14 dec. 1965; JCP G 1966, 2, 14752,
- SAVATIER R., note sous, Cass. civ. 1ère, 26 mai 1999, D. 1999, p. 719
- SAVATIER R., note sous, Cass. Civ. 8 nov 1955, D. 1956.557,
- SAVATIER R., note sous, Cass. civ.1ère, 9 mai 1951, D. 1952. 53
- SAVATIER R., note sous, CE, 4 oct. 1968, Doukakis JCP G 1968.2. 15668,
- SAVATIER R., note sous, sous, Cass. civ., 1ère, 4 juin 1991, R.T.D.Civ. 1992, p. 123,
- SAVATIER R., obs. sous, CA Lyon, 17 nov 1952, JCP G. 1953. 2.7541,
- SAVATIER R. note sous, T.C., 25 mars 1957, J.C.P. 1957.2. 1004,
- TERRE F. et LEQUETTE Y., obs sous, Cass civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier, GAJC, n° 162,
- THOUVENIN D., note sous, Cass. civ. 1ère, 9 oct. 2001, D. 2001. 3470,

- TRUCHET D., note sous, CE 14 avril. 1999, Dr soc. 1999.600,
- TZITZIS S., Cass. crim. 25 juin 2002, « Néantisez la vie. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2002 », Rev. pénit. 2003, p. 785 ;
- VERON M., note sous, Cass. crim. 11 sept 2001, D. PEN, 2002.4,
- VERON, note sous, Cass. crim. 25 juin 2002, D. PEN, 2002.93,
- VIALLA F., note sous, Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2007, Droit et Santé, 22 mars 2008, « Retour sur l'applicabilité de l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 aux instances postérieures à l'entrée en vigueur de la loi »
- VIGNEAU D., obs. sous, Cass. A.P., 29 juin 2001, Rev. pénit. 2002.137,
- VINEY G., note sous, Cass. A.P. 6 octobre 2006, D.2006.2825,
- VINEY G., obs. sous, Cass. A.P, 14 déc. 2001, JCP 2002.1. 124,
- VINEY G., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 9 mars 1994, JCP G, 1994.1. 3773,
- VINEY G. note sous, CE 14 fév. 1997, JCP 1997.1.4025,
- WALINE M., note sous, CE, 8 déc. 1965, Placenti, R.D.P 1966.960,
- YOUEGO C., note sous, Cass civ. 1ère, 17 janv. 2008, L.PA , 4 avr. 2008, p. 10

Conclusions et rapports

- CHARDEAU C.J.; conclusions sous, T.C., 25 mars 1957, Chilloux et Issad Slimane, D. 1957.395,
- CHEVAUX conclusions sous, Cass. civ. 1ère, 14 oct. 1997, JCPG, 1998.2.22942,
- DAEL S., conclusions sous, CE, 9 avr. 1993, Bianchi, RFDA, 1993.573,
- DAVID, conclusions sous, T. confl., 8 févr. 1873, Blanco, D. 1873.3.20,
- DAVID, conclusions sous, T.C. 30 juillet 1873, PELLETIER, DP. 1874.2.5
- DE CAIGNY M., conclusions sous, T.C., 14 févr. 2000, Ratinet, RFDA 2000.1138,
- DUPIN, conclusions sous, Cass, requ. 18 juin 1835, Arrêt Thourey c/ Guigne, D.P 1835.1.300 ; S. 1835.2.410
- FOURNIER J., conclusions sous, CE 26 juin 1959, D 1960. 112 ; A.J.D.A., 1959.273,
- JOSSE RAND, rapport sous, Cass civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier, DP. 1936.1.88,
- LAFERRIERE, conclusions sous TC, 5 mai 1877, Laumonier-Carriol, Rec. CE, 1877, p. 437,
- LEGAL H., conclusions sous, CE. Ass. 10 avr. 1992, Epoux V, AJDA 1992.335 ; RFDA 1992.571,
- LINDON R., conclusions sous, Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, JCP G.2.16305,
- MATTER, conclusions sous, Cass civ., 20 mai 1936, Dr Nicolas c/ époux Mercier, DP. 1936.1.88,
- MORISOT, conclusions sous, CE, 4 oct. 1968, Doukakis, D. 1968.712,
- PECRESSE V. et note MATHIEU B., conclusions sous, CE 14 fév. 1997, RFDA, 1997.379,
- QUENAULT M., conclusions sous, Cass, crim, 26 juil. 1845, D.1845.1.340,
- SAINTE ROSE J., conclusions sous, Cass A.P., 13 juillet 2001, JCP G 2001.2.10601,
- SAINTE-ROSE J., conclusions sous, Cass.civ.1ère, 7 oct. 1998, JCP.G. 1998.2.10179,
- SARGOS P., rapport sous, Cass, civ 1ère, 14 oct. 1997, Gyuomar, JCPG 1997.2.22942,
- SARGOS P., rapport sous, Cass. A.P., 29 juin 2001, JCPG. 2001.2.10569,
- SARGOS P., rapport sous, Cass. civ. 1ère, 26 mai 1999, J.C.P. 1999.2. 10112
- SARGOS P., rapport sous, Cass. civ. 1ère, 9 oct. 2001, D. 2001. 3470,
- SARGOS P., rapport sous, Cass.A.P., 17 nov. 2000, arrêt Perruche, JCPG 2000.2.10438,
- SARGOS P., rapport sous, Cass.civ. 1ère, 25 févr. 1997, Gaz. Pal. 1997.1.274.
- SARGOS P., rapport sous, Cass.civ. 1ère, 8 nov. 2000, JCP G 2001.2.10493,
- STHAL J.H., conclusions sous, CE, 20 juin 1997, Theux, RFDA 1998.82,
- TRICOT, conclusions sous, CE, 27 févr. 1957, Ville La Rochelle, R.D.P 1957.679,

Jurisprudence
Droit américain

- Findlay v/ Board of Sup'rs of County of Mohave, 1951, 72 Ariz 58, 230 P 2d 526, n° 5328
- O'Neill v/ Montefiore Hospital, 11 A.D.2d 132, 202 N.Y. S.2d 436, 134-135 (1st Dep't 1960) :
- Hiser v/ Randolph, 29 juil. 1980, 126 Ariz. 608(1980, App), 617 P2d 774
- Willoughby v/ Wilkins, 20 dec. 1983, 65 (NC App 626), 310 SE 2d 90,
- Tunkl v/ Regent of the University of California, 1963, Supr. Court. Cal. 383 P. 2d 441
- Shneider v/ Revici, 1987, United court of appeal of the second circuit, 817 F 2d 987 (2d Cir. 1987)
- Pike v/ Honsinger (1898) 155 N.Y 201, 209-2010, 49 N.E. 760, 762
- Schloendorff v. Society of N.Y. Hospital, 1914, Court of appeal, 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92
- Travers v/ District of Columbia, 1996, Courts of appeals, 672 A2d 566
- Canterbury v/ Spence, 1992, D.C. Cir, 464 F 2d 772 and Cobbs v/ Gran, 1972, Court of appeal, 502 P. 2d
- Hurley v/ Eddigfiel, 1901, 156 Ind, 59 NE, 1058
- Lyons v/. Grether, 1977, 239 S.E.2d 103
- Young v/ Jordan, 1928, West Virginia, 145 S.E. 41;
- Alexandris, v/ Jewett, 1968, 388 F.2d 829 (1st Circuit, 1968) ;
- Schloendorff v. Society of N.Y. Hospital, 1914, Court of appeal, 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92 ;
- Russo v/ Katz, 1986, 67 N.Y 2d 485, 482
- Belcher v/ Charleston Aera Medical center, 188 W. Va. 105, 422 S.E2d 827 (1992)
- Shine v/ Vega, 1999, 709 N.E. 2d 58, Mass
- St. Pauk Med. Ctr. v/ Cecil, 1992, 842 S.W.2d 808 (Tex. Ct. App).
- Prooth v/ Walsh, 1980, 105 Misc.2D 603, 605 (Sup.Ct.)
- Findlay v/ Board of Sup'rs of County of Mohave, 1951, 72 Ariz 58, 230 P 2d 526, n° 5328
- :
- Sciascia v/ Nevins, 1987, 130 A.D.2d 649, 650 (2d Dep't 1987) ;
- Schneider v/ Mem'l Hospital, 1984, 100 A.D. 2d 583, 584 (2d Dep't 1984)
- Kavanaugh v/ Nussbaum, 1988, 71 N.Y 2d 535, 543-54 (1988)
- McDougald v/ GARBER, 73 N.Y 2d 246 (1989)
- Markey v/ Eiseman, 114 A.D. 2d 887 (2d Dep't 1985) ; Monahan, 82 A.D 2d at 202
- Benson v/ Dean, 232 N.Y.52, 58, (1921) ; Weintein v/ Daman, 132 A.D.2d 547, 550 (2D Dep't 1987)
- Eisele v/ Malone, 2 A.D.2d 550 (1st Dep't 1982); Bell v/ Honsinger, 155 N.Y.201, 210-1898)
- Travers v/ District of Columbia, 1996, 672 A2d 566, Court of appeal
- Haber v/ Cross Country Hosp. 37 N.Y. 2d 888, 378 N.Y.S 2d 369, 340 N.EE 2d 734 (1975)
- Denton Reg. Med. Ctr. v/ La Croix, 947 S.W. 2d 947 (Tex.Ct. App ; 1997).
- HELLING c/ D.CAREY, 519 P2d. 981 (Wash. 1974)
- United States v/ Ingham, 42M.J.218, 2265 (A.C.M.R. 1995)
- Frye v/ United States, 293 F. 1013 (D.C. App. 1923)
- Daubert v/ Merrell Dow Pharmaceuticals 509. U.S. 579 (1993)
- Marrogi v/ Howard, 805 Spo. 2d 1118 (La. 2002)
- Edwards v/ Our Lady of Lourdes Hospital, 217 N.J. Super. 448, 526 A. 2d 242 (N.J Super A.D. 1987)
- Medvetz v/ Choi, 569 F. 2d 1227 (3d cir. 1977).
- Kohoutek v/ Hafner, 383 N.W 2nd 295 (Minn.1986)
- Chouinard v/ Marjani, 575. A. 2nd 238 (Conn. App. 1990)

- Bishop v/ S.C. Dep't of Mental Health, 331 S.C. 79, 86, 502 S.E. 2D 78, 81 (1998)
- E.G. Lord v/ Lovett, 770 A2d 1103 (NH 2001) ; Delany v/ Cade, 255 Kan, 199 873 P2d 175 (1994)
- Mortensen v/ Mem'l Hospital, 105 A.D.2d 151, 154, 156-157 (1st Dep't 1983)
- Ballou v/ Sigma Nu General Fraternity, 291. S.C. 140, 147, 352 S.E 2d 488, 493 (Ct. App. 1986)
- Hubbard v/ Taylor, 339 S.C. 582, 589, 529 S.E.2d 549, 552 (Ct. App. 2000) «(...) nothing legal cause is proved « if the defendent should have foreseseen that his negligence would probably cause injury to someone ».
- Kennedy v/ Peninsula Hospital. 135 A.D 2d. 788, 792 (2d Dep't 1987) ; Ledogar v/ Giordano, 122 A.D.2d 834, 837 (2d Dep't 1986)
- Home Office v/ Dorset Yacht Co Ltd. (1970) AC 1004
- Kennedy c/ Peninsula Hospital, 135. A.D.2d 788, 790 (2d Dep't 1987)
- E.G Wallace v/ St Francis Hospital and Med. Center, 44 Conn. App. 257, 688 A2d 352 (1997)
- Seffert v/ Los Angeles Transit Lines, 364 P.2d 337 (Cal. 1961) ;
- Landon v/ N.Y Hospital, 101 A.D.2d 489, 490 (2d Dep't 1984), aff'd 65 N.Y 2d 639 (1985)
- Osborn v/ Andrus Pavillon, St John's Reverside Hosp. 100 A.D.2d 840, 841 (2d Dep't 1984)
- Austin v/ Regents of Univ. of Cal. App. 3D 354, 152 Cal. Rptr. 420 (4th Dist. 1979)
- E.G. Wallace v/ St Francis Hosp.&Med. Ctr., 44 Conn. App. 257, 688 A2d 352 (1997)
- E.g Zehr v/ Haugen, 318 Ore. 647, 871 p2d 1006 (1994); Lovelace Med. Center v/ Mendez, 111 N.M.336, 805, P.2d 603 (1991); Marciniak v/ Lundborg, 153 Wis. 2D 59, 450 N.W2d 243 (1990)
- Emerson v/ Magendantz, 689 A.2d 409 (R.I.1997)
- E.g, Jones v/ Malinowski, 299 M.d 257, 473 A2d 429 (1984)
- E.G. Haymon v/ Wilkerson, 535 A.2d 880 (D.C.1987); Smith v/ Cote, 128 N.H 231, 513 A2d 341 (1986)
- Gleitan v/ Cosgrove, 49 N.Y.22. 227, A2d 689 (1967)
- Turpin v/ Sortini, 31 Cal. 3D 220, 643 P2d 954 (1982); Gami v/ Mullikan Med. Center, 18 Cal. App. 4Th 870, 22 Cal. Rptr. 2D 819 (2d. Dist. 1993)
- E.g Walker v/ Rinck, 604 N.E 2d 591 (Ind. 1992); Procanik v/ Cillo, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (1984)
- Etats-Unis, Harbeson v/. Parke-Davis, 98 Wash.2d 460, 656 P.2d 483, 1983.
- Curlender, v/Bio-science Laboratories, 106 Cal. App. 3d 811 (1980) ;
- Park v/Chessin, 60 A.D.2d 80,400 N.Y.S.2d 110 (1977),
- Becker v/ Schwartz 46. N.Y.2d 401,386 N.E.2d 807,413 N.Y.S.2d 895 (1978)
- Etats-Unis, Geitman v/ Cosgrove, 49 N.J.22, 227 A2d 689, 692 (1967); Goldberg c/Ruskin, 113 2I. 2D 482, 499 N.E.2dd 406 (1986)
- Redd v/ Good Samaritan Hosp. Ass'n, 453 So. 2D 229 (Fla. 4th DCA 1984) ; MEBZIE v/ Windham Commun. Mem. Hosp., 774 F. Supp. 91 (D. Conn. 1991)
- Graddy v/ N.Y Med. Coll., 19 A.D.2d 426, 429 (1st Dep't 1963), app. den., 13 N.Y.2d 1175 (1964); Bernstein v. Beth Israel Hosp., 236 N.Y. 268 (1923).
- Linkous v/ United States, 142 F3 271 (5th Cir. 1998)
- Beeck v/ Tucson Gen. Hosp., 18 Ariz. App. 165, 500 P.2d 274 (Tex. App. 2000)
- Overstreet c/ Doctor's Hospital., 142 Ga. App. 895, 227 S.E.2d 213 (1977)
- Overstreet c/ Doctor's Hospital., 142 Ga. App. 895, 227 S.E.2d 213 (1977)
- Arongo v/ Reykal, 507 So, 2d, 1211 (Fla. 4Th, DCA 1987):

- Lanza v/. Parkeast Hosp., 102 A.D.2d 741 (1st Dep't 1984),
- Keene v/ Methodist Hosp., 324 F. Supp. 233 (N.D.Ind. 1971)
- Rahn v/ United States (S.D.Ga. 1963), D.M. HARNEY, Medical Malpractice, The Michie Company, Charlottesville, 2nd ed., 1987, p. 168
- Barton v/ Owen, 71 Cal, App. 3D 484, 139 Cal. Rptr, 494, 506 (1977)
- E.g. McGill v/ French, 333 N.C.209, 424 S.E.2d 108 (1993); Gruild v/ Schell, 1966 2I. App. 3D 276, 519 N.E.2d 963(1st District 1988)
- E.g Rochester v/ Katalan, 320 A.2d 704 (Del. 1974)
- O'Rourke v/ Long Island Daily Press Publ'g Co., 41 N.Y.2d 219, 226 (1976);
- Heifetz v/ Metro. Jewish Geriatric Ctr., 135 A.D.2d 498, 500 (2d Dep't 1987);
- Krauth v/ Richmond Mem'l Hosp., 13 N.Y.2d 949 (1963).
- E.G. Jensen v/. Intermountain Health Care, Inc.; 679 P.2d 903 (Utha 1984); contra Hoffman v/. Jones, 280 So. 2D 431 (Fla. 1973)
- Etats-Unis, Suria v/. Shiffman, 107 A.D.2d 309, 313 (1st Dep't 1985), aff'd as mod., 67 N.Y.2d 87 (1986);
- Dunn v/. Catholic Med. Ctr., 55 A.D.2d 597 (2d Dep't 1976);
- Quinones v. Pub. Adm'r, 49 A.D.2d 889, 890 (2d Dep't 1975).
- Etats-Unis, Galioto v/ Lakeside Hosp. , 123 A.D.2d 421, 422 (2d Dep't 1986)
- Hyde v/ University of Michigan. Bd. Regents, 426 Mich. 223, 393 N.W.2d 847 (1986)
- Fields v/ Curator of University of Mo. 848 S.W.2d 589 (Mo. Ct App. 1993)
- Nelson v/ American Red Cross, 307 US. App D.C.52, 26 F.3d 193 (1994):
- Etats-Unis, Katz v/ Children's Hospital, 28 F3d 1520 (9th Cir. 1994)
- Etats-Unis, Tullock v/ ECK, 311 Ark. 564, 845 S.W.2d 517 (1993)
- Barnes v/ Sabatino, 205 GA. App. 773, 423 S.E.2d 686 (1992):
- Partin v/ Francis Hosp., 296 2I. App. 3D 220, 694 N.E.2d 574 (1st District. 1998) ; Wisconsin legislature, § 893.56;

BIBLIOGRAPHIE RELATIVE A LA DEUXIEME PARTIE

OUVRAGES, TRAITES, MANUELS, COURS

DROIT FRANCAIS

- AUBY J.M. « Recherches biomédicales sur l'homme », Droit médical et hospitalier, Litec, fasc. 34-1, éd. avril 1999,
- BEST'S A.M., Aggregates and Averages, Property Liability United States and Canada, Oldwick New Jersey, AM best Company, 2003,
- BLANCO F, La loi du 4 mars 2002 et les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, Presse Univ. Aix Marseille, 2005,
- BOGUS C. , Why Lawsuits are good for America, New York University Press, 2001,
- BORE L., La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ, 1997,
- BRUCKNER P., La Tentation de l'innocence, Grasset, 1995,
- C.COURDY J., La Cour Suprême des Etats-Unis, Presses univ. Paris-Sorbonne, 1990,
- CADIET L., Le spectre de la société contentieuse, Écrits en hommage à G. CORNU, PUF, 1994,
- CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F., Droit de la consommation, Dalloz, 7e éd., 1996,
- CALAY-AULOY J., Le règlement des litiges de la consommation, Ronéo, 1983,
- CORNU G., Vocabulaire juridique, éd. PUF, 2001,
- EWALD F., L' Eat Providence, GRASSET, 1986
- GUILLIEN R., VINCENT J., GUINCHARD S., MONTAGNIER G., BOYER L., Lexique des termes juridiques, Petits codes Dalloz, D., 14ème éd.,
- ILLICH, Nemesis médicale. L'expropriation de la santé, éd. Seuil, Coll. Points, 1981,
- Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances,
- LAMBERT-FAIVRE Y. et LEVENEUR L., Droit des assurances, D., 13ème éd., 2011,
- LAMY, Droit de la santé,
- Le Littré, Grand Larousse Encyclopédique, t. 9, 1985
- MAZEAUD H. et L. et CHABAS F., Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 3, vol 1, Montchrétien, 6ème ed., 1978,
- MOTULSKY N., Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, Mélange ROUBIER, t. 2, 1961,
- Patient Self-Determination Act, 101st Congress (1989-1990),
- PENNEAU J., « Faute et erreur en matière de responsabilité médicale », LGDJ, 1973,
- PICOD H. et DAVO Y., Droit de la consommation, Sirey, 2010,
- PORTES L., Du consentement du malade à l'acte médical, À la recherche d'une éthique médicale, Paris, Masson, 1964,
- PRADEL X, Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile, avant-propos BAUDOIN J.-L. et DESLAURIERS P., préf. P. JOURDAIN, LGDJ, 2004,
- ROUSSEAU A., Traité des obligations en général, t. 4, 1924,
- SAINT-PAU J.-C., Jurisclasseur Classeur Civil, Lexisnexis,
- SAVATIER R., Traité de la responsabilité civile en droit français, t. 2, 2ème éd., LGDJ, 1951,
- SOLUS H. et PERROT R., Droit judiciaire privé, t. 3, Sirey, 1991,
- THOUVENIN D., La responsabilité médicale, Flammarion, éd. Médecin et science, 1999

OUVRAGES, TRAITES, MANUELS, COURS, DROIT AMERICAIN

- ABRAHAM H. J, The judicial process, Oxford University Press, 5 éd, R.I.D, 1987,
- ABRAMSON J, We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy, NY, Basic Books, 1994.
- American Medical Association, Principles of Medical Ethics, 535 North Street Chicago, Illinois 60610, Section 5
- BAUM L., The Supreme Court, Congressional Quarterly Inc, oct. 2003, 8ème éd.; R.D.P. 2002,
- BEAUCHAMP T. L. and CHILDRESS J. F., Principles of Biomedical Ethics, Oxford University Press, USA, Mai 2008
- BMJ, « Annual cost of medical liability in US », 341: c4905, 2010;
- BURNHAM W., Introduction of the law and legal system of the United States, Thomson West, 4 éd, 2006,
- COOTER R. and ULEN T., Law and Economics, Addison, Wesley, ed. 3thd , 2000,
- HODGES C., Multi-Party Actions, Oxford University Press, 2001,
- LERAT C., La Cour Suprême des Etats-Unis, Presses univ. de Bordeaux, 1991,
- LIPSKY David B. and SEBBER R. L., The appropriate resolution of Corporate Disputes, A report on the growing Use of ADR By US Corporation, Cornell PERC Institute on conflict Resolution, Private House Cooper LLP, 1998
- MARKESINIS B.-S. and DEAKIN S.-F., Tort law, Clarendon press, Oxford, 3ème éd., 2008,
- MOORE T.A., American law of medical malpractice, the basis in law, Westlaw, 2003,
- O'HARA J. and HILL R. N. , Civil Litigation, Bell & Bain éd., 7e éd. 1995,
- OLSON W. K., The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit, E.P. Dutton/Truman, Talley Books, 1991.1996
- STUART, SPEISER and others, The American Law of Torts, vol 1, Rochester N.Y, Lawyers Cooperative Publishing Co., 1983,

THESES

- BELLISSENT J., Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, LGDJ, collection Thèse, 2001,
- CADIET L., Le préjudice d'agrément, Thèse Poitiers, 1983,
- CALFAYON C., Essai sur la notion de préjudice, Thèse Paris I, 2007,
- CARVAL S., La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, Thèse, 1995,
- GARE C., Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, Dalloz, Thèse, 2005,
- GUEGAN-LECUYER A., « Dommages de masse et responsabilité civile », LGDJ, Thèse, 2004,
- PENNEAU, J. Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, LGDJ, Thèses, 1973,
- PIROVANO A., Faute civile et faute pénale, Contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382 et 1383 du Code civil et des articles 319-320 du Code pénal, LGDJ, Thèse, 1966,
- ROUXEL S., Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français, Thèse Grenoble 2, 1994,
- STARCK B., Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Rodstein, Thèse, 1947.

RAPPORTS ET COLLOQUES

- AON, « 2013 Hospital Professional Liability and Physician Liability Benchmark Analays », Janv. 2004
- ATTALI J., Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France, éd. XO, La documentation Française, 2008,
- BÉTEILLE L., Rapport fait au nom de la commission des lois, 26 juillet 2007, (art. 1386-26)
- BURGELIN J.-F., « L'obligation d'informer expliquée aux médecins », Rapp annuel C. Cass., Doc. Fran., 1999,
- CAFFET J.-P., Mission Santé, Rapport Sénat, n° 107, 2011-2012,
- CATALA P., Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 du Code civil), déposé en septembre 2005,
- Conseil d'État, Rapport public, Considérations générales sur le droit de la santé (EDCE, n° 49), Les études du conseil d'Etat, 1998,
- Conseil médical du Sou médical, Rapport pour l'exercice 2009, Responsabilité, nov. 2010,
- COULON J.M., Rapport, La dépénalisation de la vie des affaires, collection les rapports officiels, éd. XO, La documentation Française, 2008,
- Cour de cassation, Rapport annuel « La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », La documentation française, 2007,
- EVIN C., Les droits de la personne malade, Centre Economique et Social, Avis et rapports, n° 16, juin 1996.
- Fédération française des sociétés d'assurances, « L'assurance française en 2004 : les données clés », rapport, 2005
- GARAPON A, MUIR WATT H., MATET P., UZAN-SARANO M., Cour de Cassation, Cycle de conférences « risques, assurances, responsabilités », 20 octobre 2008,
- Harris, Etude Interactive, du 22 mai 2002, Sigma, 2004,
- IGAS-IGF, Conclusions du rapport d'enquête conjoint sur l'assurance de responsabilité civile médicale, janv., 2004,
- JOURDAIN P. et LAUDE A., « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », extrait colloque, LPA, 20 nov. 2002,
- Jury verdict Research, Rapport pour 2002, <http://www.juryverdictresearch.com/>, consulté le 1 fév. 2012,
- LAMBERT-FAIVRE Y., rapport du groupe d'assurance mutuelle médicale pour 1991, Concours Méd., 19 sept. 1992. 2391
- LE PEN C., « Patient ou personne malade ? Vers un consommateur de soins responsable », Communication au colloque, La santé : un ressort de la croissance économique, cercle des économistes, 17 mai 2005,
- OCDE « Aspects fondamentaux des assurances : Prévenir, assurer et couvrir les incidents médicaux », éd. OCDE n°11, 2006,
- PELLET R., colloque « Propos introductifs pour une nouvelles réforme de la responsabilité civile professionnelle de médecin libéraux », Responsabilité, assurance et expertise médicale, 8 nov. 2007,
- PORCHY-SIMON S., « La clause de conscience des médecins : portée et limites », colloque « Sommes-nous propriétaires de notre santé », 12 avril 2002,
- TERRE, Rapport « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile », Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011
- « Le risque des professions de santé en 2009 », Prescrire, n° H.S, nov. 2010,

ARTICLES ET CHRONIQUES
DROIT FRANCAIS

- ADIDA-CANAC H., « Mitigation of damage : une porte entrouverte ? », D.2012.141,
- ARHAB-GIRARDIN F., « La création d'un Fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins », RDSS 2012 p. 889 ; Code ass., art. L. 426-1,
- BENOIT F.P., Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé, problèmes de causalité et d'imputabilité, JCP 1957, 1, 1351,
- BOCCARA V., « Pour une socialisation du risque raisonné », LPA, n°243, 7 déc. 2007, p. 4.,
- BOLARD G., « Les principes directeurs du procès civil », JCP G 1993. 3693, n°16,
- BORE L., « L'action en représentation conjointe: class action française ou action morte née? », D. 1995, chron., p. 267.,
- BORE L., « Pour mieux réparer les préjudices collectifs: une class action à la française? », Gaz. Pal. 29 sept. 2001, p 5 et s. Table ronde organisée par Droit et Démocratie,
- CADIET L., « Compte rendu de l'ouvrage de C. SAMSON et J. McBRIDE, Solutions de rechange au règlement des conflits - Alternative Dispute Resolution », SAINTE-FOYE, Les Presses de l'université Laval, Québec, 1993, Revue internationale de droit comparé 1994, n° 4, pp. 1213-1217,
- CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., Droit de la consommation, D. 1996, n°2,
- CATHELIN A., « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », Contrats, conc. consom. 1999. 13,
- Ch. RADE, « La réforme de la responsabilité médicale après la loi n 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », Resp. civ. et assur., 2002, chron. n°7,
- CHAZAL J-P., «Le consommateur existe-il ? », D. 1997. 260,
- DAUCHY S., « La médiation : bref survol historique », in C.H. van RHEE, D. HEIRBAUTE et M. STORME, Le bicentenaire du Code de procédure civile, Kluwer, 2008, pp. 77-88,
- DE BEER P., « 145 milliards de dollars d'amende pour les cigarettiers américains », Le Monde du 16-17 juil. 2000, p. 26,
- DEBOUZY O., « Class action, tout faux! », La Lettre des juristes d'affaires, 31 janv. 2006
- DUPUYDAUBY M., Editorial, Rev. Resp., nov. 2005, HS n°2
- ENGEL L., « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », Esprit, 1993, n° 192 p. 5-31,
- FERRIER D., L'apport du livre blanc à la protection des consommateurs, L'amorce d'un droit européen du contrat, Soci. Leg. Comp., 2010, p. 21,
- FISHER L. & MOURTADA-SABBAH N., « La Cour Suprême des Etats-Unis : interprète souverain de la Constitution ? », Cahier du Conseil Constitutionnel, 1988, n° 8.
- FRISON -ROCHE M., « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action: obstacles et incompatibilités », Les class actions devant le juge français: rêve ou cauchemar, LPA, 10 juin 2005, n°115,
- GARAPON A. et PAPADOPULOS I., « Juger en Amérique et en France », Edition Odile Jacob, 2003,
- GARAY A., « Volontés et Libertés dans la relation médecin-malade: la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L 1111-4 du code de la santé publique », RGDM, n°10, 2003, pp. 143-165,
- GARNIER R., « Les fonds publics de socialisation des risques », JCP G. 2003.I. 143,
- GAUTHIER P.Y., « De l'influence de la réparation sur l'étendue du dommage réparable », JCP 1972. I. 2461,

- GOMBAULT N., « La situation de l'assurance responsabilité médicale », RDSS 2010 p. 51,
- GORLA G., « Debt and summary judgment en droit anglo-américain, thèmes pour une recherche comparative », Rev. Int. dr. comp., 1966, Vol. 18 n°4, pp. 851-871,
- GUINCHARD S., « Une class action à la française », D. 2005. 2180,
- HOCQUET-BERG S., Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal, 10 sept. 1998, p. 2,
- JALLAMION C., « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », Gaz. Pal., s2009. 3
- JEULAND E., « Résolutions des litiges : Faut-il recodifier les droit de la consommation ? », Economica, 2002, p. 142
- KAUFFMAN S., « L'exemple américain », Le Monde, 10 sept.1999; Y. Tournois, Les Annonces de la Seine, 30 déc. 1999, p. 2.2
- LAMBERT-FAIVRE Y., « La crise de l'assurance responsabilité civile médicale », D. 2003. 142
- LAMBERT-FAIVRE Y., « La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », D. 2002. 1217 ;
- LAMBERT-FAIVRE Y., Droit du dommage corporel, Dalloz, 2000, 4e éd., n°567 et s. ;
- LATIL F., De Boer WEL, CARDONNA J., « Pour une maîtrise médicalisée des préjudices liés aux soins », Pratique et organisation des soins, oct-déc 2008, vol 39 n°4
- LAUDE A., « L'arbitrage en matière médicale », dossier Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, Droit et patrimoine, 2002, n°104, pp 80-23
- LAUDE A., « Le consommateur de soins », D. n° 26 du 6 juillet 2000, p 415 à 418
- LAUDE A., « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français? »; LPA, 20 nov. 2002, n° 232, p. 55
- LAUDE A., Le consommateur de soins, D. n° 26 du 6 juillet 2000, p 415 à 418
- Le BARS B., « Introduction en droit français d'une procédure d'action collective: quand la régulation se fait judiciaire », Bulletin Joly Sociétés, 1er Juil. 2005 n°07, p. 811
- LE NESTOUR DRELON G., « Quid de l'obligation de minimiser son propre dommage ? », Lamy droit civil, n° 90, fév. 2012, Actualités, n° 4547, p. 20-21.
- LE PEN C., « Patient ou personne malade? Vers un consommateur de soins responsable », Communication au colloque, La santé : un ressort de la croissance économique, cercle des économistes, 17 mai 2005
- LE PEN C., « Patient ou personne malade? Vers un consommateur de soins responsable », Communication au colloque, La santé : un ressort de la croissance économique, cercle des économistes, 17 mai 2005,
- LEVENEUR L., « L'intervention du Bureau central de tarification en matière d'assurance de responsabilité civile médicale », RDSS 2010, p.59,
- MAINGUY D., « L'introduction en droit français des class actions », LPA n° 254 p. 6, 22 déc. 2005,
- MARKESINIS B., « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche », RTD civ. 2001.77,
- MARTIN E., « Précis de déontologie et de médecine professionnelle », Masson, 1923, p. 88-89,
- MARTON G., « L'action en représentation conjointe », JCP G 1994.I. 3756,
- MATHIEU B., « Les droits des personnes malades », LPA 19 juin 2002, n°391 (122), p. 10-18,
- MEMETEAU G., « La responsabilité médicale, de la faute au risque », Propos informels sur les responsabilités civiles médicales en Amérique du Nord, ENM, 1995, p 165,

- MICHEL P., QUENON JL., DJIHOUD A., TRICAUD-VIALLE S., SARASQUETA AM., DPMECQ S., « Les événements graves liés aux soins observés dans les établissements de santé ; premiers résultats d'une étude nationale », DRESS, 2005, Etudes et résultats n°398,
- MINO J.C., « Lorsque l'autonomie du médecin est remise en cause par l'autonomie du patient : le champ hospitalier de l'éthique clinique aux USA et en France », RFAS, juil-sept. 2002, n°56 (3), p. 73-101,
- MISTRETTA P. « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) ou les désillusions du règlement amiable des litiges médicaux », JCP G. 2006.I. 198,
- MISTRETTA P., « Le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé », JCP G 2001. 1973 ;
- MORANGE G., « L'évaluation du préjudice par les juridictions administratives », D. 1951, chron. p. 61,
- MORIN A., « L'action civile des associations de consommateurs », Inst. Nat. Cons., 1984,
- MUIR WATT H., « La modération des dommages en droit anglo-américain », LPA, 2002, n°232, p. 45,
- PANSIER F.-J. et CHARBONNEAU C. , « Commentaire de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades », LPA, n°52, 13 mars 2002, p.5
- PELLET R., « L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics », RDSS 2010, p.94,
- PIEDELIEVRE S., « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, Resp. civ. et assur., n° 6 bis, juin 2001, p. 68,
- PLANT D. W., « L'ADR aux Etats-Unis d'Amérique », Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, HS 31 déc. 2001, pp. 79-97,
- PONCET M.C., « Vaccin H1N1, une prise de conscience terrifiante », 5 janv. 2010, Lepoint.fr ,
- RAJOT C., « Le Mediator® : antidiabétique ou coupe-faim ? Indemnisation des victimes et/ou responsabilités des professionnels de la santé ? Vastes discussions en perspective... », Resp. et Ass. n°6, juin 2011, alerte 15,
- REMY Ph., « Réflexions préliminaires sur le chapitre Des délits » Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, D., 2011, p. 15 s., spec. p. 27 s,
- SAINT-JOURS Y., « Sécurité sociale: le médecin en butte aux restrictions aux soins », Revue de droit ouvrier, 1er juil. 2004, n° 672, p. 301 à 302,
- TABUTEAU D., « L'occultation des devoirs fondamentaux par le discours sur la « nécessaire » responsabilisation des individus », RDSS, 2009. 4,
- TERRE F., « L'américanisme et le droit français », Philosophie politique, 1995n° 7, p. 137-147,
- THIEFFRY P., « La compétence juridictionnelle en France et aux États-Unis en matières civile et commerciale », RIDC, 1984, vol. 36 n°4, pp. 783-825,
- THIRIET A. « Prescriptions hors A.M.M, Petits arrangements avec la loi », Le moniteur des pharmacies, 26 févr. 2000, p. 20,
- VERPEAUX M., « L'action de groupe est-elle soluble dans la constitution », D. 2007. 258
- VERPEAUX M., « L'action de groupe est-elle soluble dans la constitution », D. 2007. 258,
- VINEY G., « La responsabilité : conditions », RID comp., 1982, vol. 34 n°4, pp. 1329-1330,
- VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », Rec. D. 2009. 2944,

ARTICLES ET CHRONIQUES
DROIT AMERICAIN

- BEECHER H., « Ethics and Clinical Research », New England Journal of Medicine, Juin 1966
- GERLIN A., « A Matter of Degree: How a Jury Decided That a Coffee Spill Is Worth \$2.9 Million », The Wall Street Journal, 1994 WL-WSJ 342815
- HERCHEY N., « The defensive practice of medicine : myth or reality ? », Milbank Memorial Fund Quarterly Health and Society, 50, 1, p. 69-98, 1972
- Insurance Information Institute « Medical Malpractice », Hot Topics and insurance Issues, juin 2004
- LATIL F., De BOER WEL, J. CARDONNA, « Impact of the No tort reform on médical liability, Pour une Maîtrise médicalisée des dépenses liées aux soins », Pratiques et organisation des soins, oct.-déc. 2008, n°4, Volume 39, pp. 331-339
- LOCALIO A.R., LAWATHER A.G., BRENNAN T.A, LAIRD N.M, HERBERT L.E, PETERSON L.M., « Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence. Results of the Harvard Medical Practice Study 2I », N. Engl. J. Med., 1991. 325(4):245-251.
- MERCHANT J., « La fragilité de l'arrêt Roe versus Wade-The fragility of the US Supreme Court decision Roe v. Wade », méd. et sc., vol. 22, n° 8-9, 2006, p. 773-775.
- MILLER R. D., « Liability for malpractice, issues and evidence », Joint Economic Committee, May 2003.
- PACE N.M., D. GOLINELLI, L. ZAKARAS, « Changing the Medical Malpractice Dispute Process : What Have We Learned From California's MICRA? », http://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9071/index1.html, consulté le 17 septembre 2012
- SENGER J. M., Federal dispute resolution : Using ADR with the US government, Jossey-Bass, 2004
- STEELE Jr W., THORNBURG E.G., « Jurys instructions: A Persistent Failure to Communicate », 1988, 67 N.C.L. Revue, 77, pp. 83-89
- STRAWN D.U. et BECHANAN R.W, « Jury Confusion: A threat to justice », Judicature, 1976, 59.478
- SYMEONIDES S. C., "Private International law at the End of the 20th Century: Progress or Regress ?", Kluwer Law International 2000, p. 430.
- SZMANIA S.J, JOHNSON A.M., MULLIGAN M., « Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice : A Survey of Emerging, Trends and Practices », Conflict Resolution Quarterly, 2008. 26(1):71-96.
- VERRONE, P. M., « The 12 Best Trial Movies », ABA Journal, nov., 2009,

TABLE DES DECISIONS ET LEURS COMMENTAIRES

Notes et observations de jurisprudence

Droit français

- ALIBERT, note sous T.C. 14 janv. 1935, Thépaz, S.1935.17,
- ANCEL P. et COTTIN M., note sous, Cass. ch. mix, 14 fev. 2003, D. 2003.1386,
- AUBERT note sous, Cass, civ. 1ère, 16 janv. 1985 ; D. 1985. 317,
- AYNES L., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 25 fév. 2010 n°09-12. 126, Droit et patr. 2010.106,
- BARBIERI J.-F., note sous, Cass. Civ.2ème, 23 janv. 2003, JCP 2003. 2. 10110,
- BON P. et TERNEYRE Ph. obs. sous, CAA LYON, 21 déc. 1990, Gomez AJDA 1991, p. 157 ;
- CADIET L., obs. sous, Cass. ch. mix, 14 fev. 2003, JCP 2003.I. 128, n° 17,
- CALAIS- AULOY; CALAIS- AULOY, note sous, Cass, civ. 1ère, 16 janv. 1985 ; JCP 1985. 2. 20484,
- CAUSSIN, DEDOISSY et WICKER, obs. sous, Cass. ch. mix, 14 fev. 2003, JCP 2003.I. 134, n°4,
- CHABAS F., obs. sous, Cass. civ. 19 juin 2003, Dr et Patr. nov. 2003, n°3376 et 3377,
- CHARTIER Y. note sous, Cass. civ. 2ème, 27 juin 1984, D. 1985. 321,
- CHEVALLIER J., note sous, Cons Const, 23 janv. 1987, n° 86-224, AJ 1987.345,
- CROZE et MOEL, obs. sous, Cass, civ. 1ère, 16 janv. 1985 ; Gaz. Pal. 1985.173,
- CROZE H., obs. sous, Cass. ch. mix, 14 fev. 2003, Rev. proc. 2003, n° 93,
- DUBOUIS L., obs. sous, CE 31 mai 1989, Roujansky, J.C.P. 1989.2. 21371, Rev. Droit sanit. et soc., 1990. 55
- DUPONT N., note sous, Cass. civ. 1ère, 26 mai 2011D. 2011. 1884,
- E. ROSENFLED et Ch. BOUCHEZ, note sous, Cass. civ. 19 juin 2003, Gaz. Pal. 9 oct. 2003, p 9.
- F. CHABAS; obs. sous, Cass. civ. 2ème, 19 mars 1997; Droit et Patr., 1997. 1713, p. 97,
- FOURNIER et BRAIBANT, note sous, T.C., 25 mars 1957, A.J.D.A. 1957.2. 177,
- G. VINEY, obs. sous, Cass. civ. 2ème, 19 mars 1997; JCP G 1997.1.4070;
- GALLMEISTER I., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 20 janv. 2011, D. 2011. 376,
- HOLLENDER L., HUREAU J.; « Proposition d'un processus précontentieux obligatoire d'information et de conciliation, dans le règlement des conflits ou litiges en responsabilité médicale », Bull. acad. Natle méd., 2007, vol. 191, n°2, pp. 435-447
- J. HAUSER, obs. sous, Cass. civ. 2ème, 19 mars 1997; RTD Civ. 1997. 632,;
- J.MOREAU, obs. sous, CAA LYON, 21 déc. 1990, Gomez, JCP 1991, 2, 21698,
- JOURDAIN P. Cass. civ. 2ème ; 7 juin 2001, D. 2002. 1313,
- JOURDAIN P., note sous, Cass. civ. 1ère, 9 nov. 1999, D. 2000. 117,
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. civ. 19 juin 2003, RTD civ. 2003. 716,
- JOURDAIN P., obs. sous, Cass. civ. 1ère, 20 janv. 2011, RTD civ. 2011. 354,
- LAGARDE X. note sous, Cass. civ. 1ère, 26 mai 2011RD bancaire et fin. 2011, comm. 56,
- LEVASSEUR G., obs. sous, C.A. Paris, 20 déc. 1971, Gaz. Pal., 1972, I, 317 ; RSC., 1972, 610,

- LEVENEUR L., obs. sous, Cass. 1ère civ., 7 nov. 2000, contrats, conc., consom. 2001, comm. n°18,
- LIET-VEAUX, note sous, T.C., 25 mars 1957, Rev. adm. 1957. 247,
- LOISEAU G., note sous, Cass. 1ère civ., 7 nov. 2000, JCP E 2001. 419,
- LORENTZ, note sous, CA Nancy, 27 oct. 1965, D. 1966. 30,
- MAZEAUD H. et L., obs. sous, Cass. req., 24 mars 1942, D. 1942. 118, RTD civ. 1942. 289,
- MAZEAUD H. et L., obs. sous, Cass. civ.2ème, 28 oct. 1954, RTD civ. 1955. 324,
- MEMETEAU G. note sous, Cass. crim. 15 mai 1984, Bull. crim. N°178 ;
- MEMETEAU G. note sous: Cass. crim., 15 mai 1984, D. 1986. 106,
- MESTRE J ; et FAGES B., obs. sous, Cass. 1ère civ., 7 nov. 2000, RTD civ. 2001. 130, n 2,
- METRE et FAGES, obs. sous, Cass. ch. mix, 14 fev. 2003, RTD civ. 2003.294,
- NORMAND obs. sous, Cass, civ. 1ère, 16 janv. 1985 ; RTD Civ. 1985. 769,
- P. JOURDAIN ; obs. sous, Cass. civ. 2ème, 19 mars 1997; RTD Civ. 1997. 675,
- PERROT R., obs. sous, Cass. ch. mix, 14 fev. 2003, RTD civ. 2003.349,
- PERROT R., obs. sous, CEDH, 20 févr. 1996, JCP G 1997.I. 4000, n 19, obs. F. SUDRE ; RTD civ. 1997.992,
- PERROT R.; obs. Sous, Cass. civ. 3ème, 4 nov. 2004, Rev. Procéd., 2005, n°1, p. 11,
- PLUYETTE, note sous, CEDH, 24 févr. 1995, D. 1995.449,
- PORCHY-SIMON S., Cass.civ.1ère, 7 oct. 1998 D. 1999, jurispr. p. 1455,
- R. LIBCHABER note sous, Cass. 1ère civ., 7 nov. 2000, Defrénois 2001. 37338, p. 431,
- RASCHEL L. obs. sous, Cass. civ. 1ère, 26 mai 2011 Rev. Lamy dr. civ. 2011, n° 84, p. 63,
- RAYMOND G. obs. sous, CE. 27 avr. 1978, Cornette de saint Cyr, Contrats, conc. consom. 1999. 15
- REMY-CORLAY, obs. sous, Cass. civ. 1ère, 1er déc. 2010, RTD civ. 2011 ; 317,
- SARGOS P., Cass.civ.1ère, 7 oct. 1998 ; JCP.G. 1998.2.10179,
- SAVATIER R., obs. sous, CA Lyon, 17 nov 1952, JCP G. 1953. 2.7541,
- SAVATIER R. note sous, T.C., 25 mars 1957, J.C.P. 1957.2. 1004,
- SELINSKY, note sous, Cons Const, 23 janv. 1987, LPA 12 fév. 1987,
- SESTIER, note sous, Cons Const, 23 janv. 1987, JCP 1987.220854,
- SUDRE F. chron. sous, .CEDH, 22 sept. 1996, Hentrich c/ France, § 56 : A 296-A ; CEDH, 11 janv. 2001, Platakou c/ Grèce, JCPG, 2001.1.342,
- SUDRE F. obs. sous, CEDH, 16 juil.1968, Dombo Beheer c/ Pays-Bas, Série A n° 274, 19 juil. 1994 ; JCP.1994.1. 3742,
- SUDRE F., obs. sous, CEDH, 16 juil.1968, Dombo Beheer c/ Pays-Bas, Série A n° 274, 19 juil. 1994 ; JCP.1994.1.3742,
- SUDRE F., obs. sous, CEDH, 22 févr. 1996, Bulut c/ Autriche ; JCP G 1997.1.40000,
- SUDRE F., obs. sous, CEDH, 27 avr. 2000, Kuopila c/ Finlande, JCP 2001.1.291,
- VIALLA F., note sous, Cass. 1ère civ., 7 nov. 2000, JCP G 2001.2. 10452,
- VINEY G., obs; sous, Cass. civ. 19 juin 2003, JCP 2004. I. 101, p18 et s.,
- VIRASSAMY G., obs. Sous, Cass. ch. mix, 14 fev. 2003, JCP 2003.I. 134142,
- X. DELPECH, obs. Sous, Cass. civ. 1ère, 26 mai 2011, D. 2011. 1548,
- LEPAGE-JESSUA, comm. sous, Cons Const, 23 janv. 1987, Gaz. Pal.1987.1.209,
- MOLFESSIS N., obs. sous, Cons. Const, 13 août 1993, Justices, 1995, p. 201,

Conclusions et rapports

- SARGOS P.; rapp. sous, Cass. civ. 1ère, 29 juin 1999, JCP G 1999. 2. 10138,
- SARGOS P., rapp. sous, Cass.civ. 1ère, 25 févr. 1997, Gaz. Pal. 1997.1. 274.
- SAINTE-ROSE J., concl. sous, Cass.civ.1ère, 7 oct. 1998 ; JCP.G. 1998, 2, 10179,

Jurisprudence **Droit américain**

- Duncan v/ Louisiana, 391. US. 145 (1968)
- O'halleron v/ L.E.C. Louisiana Court of appeals, 1985, Inc, 471 So. 2d 752
- Feldman v/ Quick Quality Restaurants Inc., N.Y.L.J, 22 juil. 1983, p. 12
- Snyder v/ Hooker Chemicals & Plastics Corp., 429 N.Y.S. 2d 152, New York Supreme Court, 1979,
- Dockside Association v/ Detyens, Simmons and Carlisle, 330 S.E. 2d 537, South Carolina Court of Appeals, 1985
- Lawson v/.Brown, 349 F. Supp. 203, Western District Court of Virginia, 1972
- Hunt v/ Cromartie, 526 U.S.541, 119 S.Ct. 1545, 143 Led 2d. 731 (1999)
- Steitz v/ Gifford, 280 N.Y. 15, 20 (1939);
- Bottone v/ N.Y. Tel. Co., 110 A.D.2nd 922, 924 (3d Dep't 1985);
- Adams v/ Murakami, 284 Cal. Rptr. 318, 813 P. 2d. 1348. (Cal. 1991)
- Edward v/ Our Lady of Lourdes Hospital, 217 N. J. Super. 448, 526 A. 2d242 (NJ. Super A.D. 1987)
- Gunthorpe v/ Daniels, 150 Ga. App. 113, 257 S.E. 2D 199 (1979)
- Hoffmann v/ Memorial Osteopathic Hospital, 342 Pa. Super, 375, 492 A2d. 1382 (1985)
- Short v/ Downs, 36, Colo, App. 109.537 P. 2d. 754. (1975)
- Schloendorff v/. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914)

Sources complémentaires

CODES ET LEGISLATION

- American Medical Association, Code of Medical Ethics
- Code Civil
- Code de déontologie médicale, 1995
- Code de l'organisation judiciaire
- Code de la santé publique
- Code de la santé publique
- Code de la sécurité sociale
- Code de procédure civile
- Code de procédure pénale
- Code pénal
- Constitution des Etats-Unis,
- Federal rule of evidence,
- IOWA Code
- N.Y. Educational law,
- New York Civil practice Law and Rules,
- New-York Education law,
- New-York Estates, Powers & Trust law,
- New-York Public health law,
- Restatement of the law, second, Torts

SITES INTERNET

- American Medical Association , « Good Samaritan, Charitable Care Statutes, and Specific Provisions , Related to Disaster Relief Efforts », 27 Aug. 2008, http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/goodsamaritansurvey_rev%20082708.pdf, Le médecin américain est protégé par le good samaritan statute qui constitue une immunité légale.
- <http://www.ama-assn.org/>,
- <http://www.jointcommission.org/>
- American board of medical specialties, <https://www.abms.org/>,
- <http://www.supremecourt.ne.gov/students-teachers/movies.shtml>
- www.ncsc.org/
- www.abanet.org/juryprojectstandards/The_ABA_Principles_for_Juries_and_Jury_Trials.pdf
- <http://www.cgood.org/healthcare.html>,
- « La class action » à la française fait son grand retour », La Tribune de Genève du 13 juillet 2007, http://www.tdg.ch/pages/home/tribune_de_geneve/info_express/economie/depeches,
- <http://www.leparisien.fr/societe/affaire-des-implants-pip-defectueux-les-principales-etapes-30-12-2011-1789702.php>, site consulté le 24/01/12
- http://www.lexpress.fr/actualite/societe/le-mal-des-patients-irradies-depinal_468481.html,

- <http://www.francesoir.fr/actualite/sante/sante-encore-un-medicament-detourne-pour-maigrir-128938.html>
- <http://www.mediationetarbitrage.com>.
- International chamber of commerce, <http://www.iccwbo.org/court/adr/>
- Association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC), <http://www.afnic.fr/doc/ref/juridique/parl/>
- Pour l'ensemble des procédures d'ADR existantes aux Etats-Unis voir, <http://www.cpradr.org/Resources/ADRPrimer.aspx>, consulté le 20 Août 2013
- http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/draftbrochure.authcheckdam.pdf,
- www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode09/usc_sup_01_9_10_1.htm
- www.ONIAM.fr ; http://www.sham.fr/IMG/pdf/PANORAMA_VERSION_DEFINITIVE.pdf
- CREO R.A, SHOGAN J.O, TURNER. « Malpractice case alternative dispute resolution», Physician's News Digest, Nov, 2005, <http://www.physiciansnews.com/2005/11/13/malpractice-case-alternative-dispute-resolution/>, consulté le 12 oct. 2011

INDEX

A

Action

collective, 199, 206, 211, 213, 214, 253, 325
en représentation conjointe, 201, 203, 204, 205, 206, 210, 324, 325, 342
Administration de la preuve, 8, 101, 189, 191, 216, 217, 342
ADR, 9, 228, 237, 238, 239, 241, 242, 244, 322, 326, 327, 332, 343
Aléa thérapeutique, 14, 89, 253, 263, 275, 280
AMM, 224, 225
ANSM, 223
Arbitrage, 190, 228, 229, 233-248, 325, 326, 343
Arrêt de règlement, 211-214, 343
Assentiment aux soins, 69, 338
Assignation, 187, 247
Associations, 202, 203, 205, 206, 326, 342
Assurance (crise), 3, 250, 289, 296
Autonomie de la volonté, 55, 60, 65, 66, 69, 77, 297

B

Bon samaritain, 42, 66, 165, 166, 167, 181, 341
Breach of duty, 24, 79, 83, 174, 339

C

Causation, 48, 83, 125, 130, 131, 132, 306, 340
Chose jugée, 199, 211, 214, 221, 226, 236, 245, 302, 343
Class action
class action, 182, 199 et s., 247, 248, 281, 286, 299, 300, 324, 325, 331, 343
opt in, 207, 212, 213, 220, 221
opt out, 207, 211, 212, 214, 215, 220
Codécision médicale, 68, 70, 338
Common law, 13, 17, 24, 41, 4-51, 83, 107, 130, 132, 136, 189, 192, 258, 266, 296, 298, 300, 306
Conciliation, 15, 202, 228-30-246, 275, 291, 292, 298, 299, 302, 321, 326, 328, 343
Consentement, 32, 40, 49, 55 et s., 10-107, 112-115, 141, 174, 222, 230, 260, 273-277, 303, 308, 321, 338
Consommation, 142, 200-211, 221, 223, 243, 248, 274, 278, 279, 300, 304, 321, 324, 325, 345
Contradiction, 44, 69, 103, 148, 196, 217, 218, 219, 298, 343
Contrat médical, 38, 40, 49, 60, 80, 236, 279
CRCIAM, 230, 231

D

Damages, 136, 137, 166, 219, 256, 264, 266, 300, 343
Décision médicale, 59, 68, 69, 70, 77, 309, 310, 338
Dignité, 60, 68, 77, 142, 148, 284
Dommages et intérêts punitifs, 16, 19, 47, 114, 115, 118, 121, 123, 174, 178, 219, 220, 247, 253, 258, 261-268, 281, 287, 295, 296, 299, 300, 326, 344
Données acquises de la science, 29, 53, 90-95, 174, 224, 225, 339
Droit
de la défense, 215, 217, 218, 226, 321, 343
des patients, 15, 44, 75, 117, 230, 252, 273, 275, 277, 295
Duty of care, 18, 24, 84, 339

E

Erreur, 13, 16, 17, 40, 42, 44, 50, 65, 78, 80, 82, 90, 94, 100, 102, 122, 123, 124, 125, 144, 146, 172, 197, 198, 216, 223, 225, 237, 244, 245, 253, 254, 262, 263, 268, 269, 270, 278, 280, 282, 284, 285, 288, 296, 307, 313, 321, 322
Etablissement

privé, 37, 154, 156, 304, 337
public, 34, 36, 124, 167, 169, 174, 290, 337
Expertise, 89, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 115, 135, 150, 162, 174, 189, 196, 220, 235, 236, 243,
272, 291, 292, 323, 339

F

Fait

d'un tiers, 163, 180, 341
de la victime, 158, 159, 160, 271, 341

Faute

caractérisée, 80, 82, 83, 108, 109, 110, 111, 119, 120, 121, 148, 149, 150, 151, 180, 315, 339
contractuelle, 79, 80, 339
d'humanisme, 62, 104, 115, 142, 340
délictuelle, 28, 79, 80, 81, 102, 339
détachable du service, 36, 124, 153, 340
en droit public, 79, 81, 339
légère, 111, 122, 263, 302
lourde, 35, 76, 81, 82, 122, 273, 309
pénale, 7, 108, 109, 111, 112, 114, 115, 118, 119, 120, 121, 266, 322, 340
présumée, 35
simple, 35, 76, 82, 109, 111, 120, 174, 302
subjective, 124
technique, 89, 90, 91, 92, 95, 98, 115, 117, 141, 143, 339, 340

Fonds de garantie, 294, 324

Force majeure, 56, 141, 158, 159, 160, 163, 164, 180, 341

I

Incapacité, 71, 137, 231, 237, 338

Inconscience, 71, 338

Information du patient, 32, 53, 55, 104

Injury, 7, 48, 83, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 162, 194, 256, 264, 319, 340

IVG, 66

J

Jugement sommaire, 237, 240, 241, 343

Juridiction

de l'ordre judiciaire, 36, 184

Jury, 192, 193, 197

L

Lien de causalité, 7, 18, 48, 51, 78, 79, 81, 83, 107, 108, 109, 115, 119, 125, 126, 129, 130, 131, 132, 133, 134,
136, 137, 140, 143, 146, 147, 158, 159, 174, 240, 299, 340

Loi Hamon, 200

M

Médiation, 228, 229, 230, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 324, 325, 343

Médiator, 224, 225, 284

Medical liability, 3, 12, 306, 322

Medical malpractice, 3, 14, 41, 85, 86, 131, 136, 139, 162, 172, 196, 286, 306, 311, 322

Médicament, 84, 91, 146, 204, 223, 224, 280

Modes alternatifs de règlement des conflits, 182, 233, 237, 242, 245, 246

N

Nul ne plaide par procureur, 211, 212, 220, 226, 343

O

Obligation

de moyens, 29-32, 35, 51, 52, 54, 70, 79, 80, 83, 85, 86, 89, 92, 93, 118, 160, 174, 307, 310, 322

de résultat, 27, 28, 30, 51, 52, 54, 70, 85, 92, 96, 117, 225, 307, 310, 322

du médecin, 28, 43, 54, 65, 79, 85, 89, 117, 118

Office du juge, 186, 189, 190, 247

ONIAM, 243, 290, 291, 292, 332

P

Perte de chance, 32, 105, 126, 128, 129, 133, 134, 135, 136, 137, 140, 141, 142, 143, 145, 174, 280, 340

Préjudice

économique, 137, 139, 257

extrapatrimonial, 134, 140, 256

minimisation du préjudice, 9, 258, 260, 271, 296, 344

moral, 32, 105, 107, 138, 139, 140, 142, 144, 148, 149, 151, 257, 262, 267, 287, 295

patrimonial, 134, 137, 200, 256

spécifique, 136, 140, 340

Prescription

de l'action, 30

médicale, 283

Pre-trial, 237, 241, 242

Principe du contradictoire, 70, 101, 187, 215, 218, 219, 226

Produits défectueux, 20

Punitive damages, 3, 264

R

Réparation, 18, 134, 136, 147, 178, 257, 340

Respondeat superior theory, 8, 155, 341

Responsabilité

administrative, 34, 81, 157

Clause exclusive de responsabilité, 49, 338

contractuelle, 26, 27, 28, 30, 31, 40, 41, 50-53, 89, 168, 297

délictuelle, 24, 27-29, 35, 38, 40, 44, 47, 51, 52, 53, 67, 109, 126, 139, 159, 219, 289, 297, 305, 322

exonération de la responsabilité, 158, 165, 341

pénale, 66, 107, 108-115, 119, 120, 174, 308, 340

Risque, 244, 269, 273, 290

S

Secret médical, 72, 104, 106, 107, 230, 305, 310, 340

Sécurité juridique, 50, 75, 294

Sinistres, 251-255, 286, 294, 295, 344

Standard de soin, 44, 62, 83-100, 115, 174, 339

Standard of care, 83, 95, 174

Statute of limitations, 167, 171, 172, 341

T

Tort, 18, 23, 24, 26, 44-51, 74, 76, 107, 137, 155, 172, 174, 183, 209, 254, 286, 298, 306, 311, 322, 327

Trial, 139, 191, 192, 197, 209, 241, 306, 327, 331, 343

U

Unification du contentieux, 51, 52, 53, 54

Urgence, 42, 43, 49, 58, 60, 65-68, 71, 73, 74, 77, 82, 84, 165-167, 181, 308, 338

V

Verdict, 101, 191, 192, 194, 195, 196, 240, 257, 286, 323
Victimisation, 274, 279, 280, 281, 345

W

Witness, 98, 99, 101, 174, 191, 311, 339
Writ, 45, 46, 47
Wrongful birth, 143, 145, 311, 340
Wrongful life, 143, 144, 145, 146, 340

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	12
I. Le contexte d'une « américanisation » de l'activité médicale	13
II. L'intérêt d'une étude comparée de la responsabilité médicale pour faute en droit français et en droit américain	18
III. Annonce de plan	23
PREMIERE PARTIE	
UNE CONVERGENCE IMPARFAITE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA RESPONSABILITE MEDICALE POUR FAUTE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT AMERICAIN	24
TITRE I	
LE STATUT JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE MEDICALE POUR FAUTE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT AMERICAIN	26
CHAPITRE I	
Divergences des statuts juridiques de la responsabilité médicale pour faute en droit français et en droit américain	27
SECTION I. Un statut juridique complexe en droit français	27
§1. Le principe critiquable d'une responsabilité de nature contractuelle depuis l'arrêt Mercier de 1936	27
I. Des prémices de la responsabilité médicale à l'arrêt Mercier	28
1. La sanction de la faute médicale jusqu'en 1936	28
2. L'arrêt MERCIER	30
II. Le questionnement de la nature contractuelle de la relation médecin/patient.	31
1. La solution opportuniste de l'arrêt Mercier de 1936	31
2. Les apports récents de la jurisprudence française venant confirmer l'inadaptabilité de la nature contractuelle à la relation de soins.	33
§2. Une responsabilité de nature différente selon la situation du médecin et de son patient.	35
I. La situation du médecin exerçant dans un établissement public de soins	35
1. Un régime légal et réglementaire	35
2. La responsabilité du médecin exerçant en établissement public	37
II. La situation du médecin exerçant au sein d'un établissement privé de soins	38

SECTION II. Un statut juridique simplifié en droit américain _____	42
§1. Le fondement consensuel de la relation médecin-patient aux Etats-Unis _____	42
§2. Une responsabilité plus largement fondée sur un principe délictuel aux Etats-Unis _____	45
I. La responsabilité du médecin régie par la loi des torts aux Etats-Unis _____	45
1. Les prémices de la responsabilité médicale aux Etats-Unis _____	45
2. Le fondement actuel de la responsabilité médicale Outre Atlantique _____	47
II. Le rejet des clauses exclusives de responsabilité par la jurisprudence américaine _____	50
SECTION III. Une simplification souhaitable du statut juridique de la responsabilité médicale en droit français inspirée du droit américain _____	51
§1. Vers une unification des règles relatives à la responsabilité médicale de nature extra contractuelle __	52
§2. La compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité médicale _____	55

CHAPITRE II _____

Le consentement à l'acte médical comme principe essentiel de la relation médecin-patient en France et aux Etats-Unis _____

SECTION I. L'exigence d'un consentement à tout acte de soins _____	56
§1. La nécessité d'un consentement libre et éclairé en droit français. _____	59
I. L'information, condition nécessaire au consentement libre du patient. _____	59
II. L'exigence d'un consentement : élément indispensable de l'acte médical _____	60
§2. L'exigence d'un « <i>informed-consent</i> » en droit américain _____	62
I. L'obligation d'information préalable du médecin américain envers son patient. _____	62
II. L'obligation de recueillir le consentement du patient en droit américain _____	63
SECTION II. L'existence d'un consentement mutuel à l'acte médical _____	66
§1. Une appréciation différente du consentement du médecin _____	66
I. L'approche française du consentement du médecin : la perpétuelle situation d'offre de soins _	66
II. Une liberté plus large du médecin américain de consentir aux soins _____	68
§2. Une appréciation similaire du consentement du patient _____	69
I. L'existence d'une codécision médicale entre le médecin et son patient _____	69
1. La décision du patient comme assentiment aux soins avant la loi n°2202-303 du 4 mars 2002	70
2. Le droit au partage de la décision médicale en droit français et en droit américain. _____	70
II. L'impossibilité pour le patient de donner son consentement _____	72
1. L'état d'inconscience et l'incapacité _____	72
2. La situation d'urgence _____	74

TITRE II _____
Le régime juridique commun de la responsabilité médicale pour faute en France et aux États-Unis. _____ 79

CHAPITRE I _____
Les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité médicale pour faute en France et aux États-Unis. _____ 80

SECTION I. La faute une notion commune _____ 80

§1. La notion de faute en droit français et en droit américain _____ 80

I. La faute : fait générateur de la responsabilité en droit français _____ 80

1. La faute contractuelle _____ 81

2. La faute délictuelle _____ 81

3. La faute en droit public _____ 82

4. La faute caractérisée _____ 83

II. La faute en droit américain: the « *breach of duty* » _____ 84

1. La notion de « *breach of duty* » _____ 84

2. La faute en tant que manquement aux obligations de soins (*duty of care*) _____ 85

a) Les obligations générales du médecin _____ 86

b) Les obligations plus spécifiques _____ 87

c) Les règles relatives aux standards de soins _____ 88

§2. La typologie des fautes en droit français et américain _____ 90

I. La responsabilité du médecin fondée sur la faute technique _____ 90

1. Les principales fautes techniques _____ 91

a) La faute technique dans l'établissement d'un diagnostic. _____ 91

b) La faute technique dans le choix du traitement médical. _____ 92

c) La faute technique dans la réalisation d'un acte médical. _____ 92

d) La faute technique pour défaut de surveillance. _____ 93

2. Une appréciation de la faute technique similaire en France et aux États-Unis _____ 93

a) Une faute technique appréciée au regard des données acquises de la science en droit français 93

b) La référence à un standard de qualité en droit américain _____ 96

II.	La preuve de la faute technique, le rôle indispensable de l'expert witness _____	99
1.	La désignation de l'expert : une procédure similaire _____	99
2.	Le rôle de l'expert : une appréciation en apparence différente _____	101
3.	Les conséquences de l'expertise _____	103
a)	La responsabilité de l'expert plus lourde en droit français _____	103
b)	La valeur du rapport d'expertise au regard du jugement _____	103
III.	La responsabilité du médecin fondée sur la faute d'humanisme _____	105
1.	Le devoir d'information du médecin _____	105
2.	Le respect du secret médical _____	107
§3.	La particularité de la faute pénale en droit français et en droit américain _____	109
I.	La responsabilité pénale du médecin français _____	109
II.	Un risque pénal plus faible aux Etats-Unis _____	112
1.	La responsabilité pénale du médecin américain _____	113
2.	Les hypothèses à l'origine de la responsabilité pénale du médecin américain _____	114
§4.	Vers une redéfinition de la faute médicale en droit français _____	117
I.	Le retour à une définition plus subjective de la faute _____	117
II.	Une définition de la faute médicale inspirée du droit pénal et du droit administratif français _____	119
1.	Une définition inspirée de la faute pénale française et de la faute punitive américaine. _____	119
2.	Une définition inspirée de la faute détachable du service en droit administratif _____	125
SECTION II.	L'exigence d'un lien de causalité en droit français comme en droit américain _____	126
§1.	La notion de lien de causalité en droit français : l'exigence d'un caractère direct et certain _____	126
I.	Les théories jurisprudentielles françaises sur la notion de causalité _____	127
II.	Le développement de la théorie de la perte de chance _____	129
§2.	La notion de lien de causalité en droit américain _____	130
I.	<i>Factual and légal causation</i> en droit américain _____	131
II.	Éléments de comparaison entre le droit français et le droit américain dans l'appréciation du lien de causalité _____	133
SECTION III.	Le préjudice, une notion commune _____	134
§1.	Nécessité d'un préjudice (<i>injury</i>) à l'engagement de la responsabilité pour faute médicale _____	135
I.	La notion de préjudice en droit français _____	135
II.	La notion de préjudice en droit américain _____	136
§2.	Des catégories identiques de préjudices réparables en droit français et en droit américain _____	137
I.	Les dommages patrimoniaux, <i>economic losses</i> _____	138
II.	Les dommages extra-patrimoniaux, <i>emotional injury or mental distress</i> _____	139
III.	Le préjudice des victimes indirectes _____	140
IV.	La réparation des <i>specific losses</i> (préjudices spécifiques) _____	141

1.	La réparation de la perte de chance _____	141
a)	Le préjudice lié au défaut d'information préalable _____	142
b)	Le préjudice lié à une faute technique _____	144
2.	Le préjudice lié à la naissance, wrongful birth and wrongful life _____	144
a)	Le droit positif américain de l'indemnisation du préjudice de naissance _____	144
b)	Le droit positif français de l'indemnisation du préjudice de naissance _____	147

CHAPITRE II _____

Des tempéraments semblables à la mise en cause de la responsabilité médicale. _____ 154

SECTION I.	Les hypothèses de limitation de responsabilité personnelle du médecin: la responsabilité du fait d'autrui ou <i>theory of respondeat superior</i> _____	154
§1.	Les limites à la responsabilité personnelle du médecin en droit français _____	154
§2.	<i>The respondeat superior theory</i> en droit américain _____	156
SECTION II.	Les hypothèses d'exonération de responsabilité _____	159
§1.	Les causes d'exonération de responsabilité _____	159
I.	La force majeure, particularité du droit français _____	159
II.	Le fait de la victime et le fait du tiers, hypothèses d'exonération commune à la France et aux Etats-Unis _____	161
1.	La participation de la victime à son propre préjudice _____	161
2.	Le fait d'un tiers _____	164
III.	Une hypothèse supplémentaire d'exonération de la responsabilité du médecin en droit américain, l'intervention du bon samaritain _____	166
§2.	Les règles de procédures limitant la responsabilité du médecin : les délais de prescription ou Statute of limitations _____	168
I.	Simplification des règles de prescription depuis la loi du 4 mars 2002 en droit français _____	169
1.	Les règles de prescription de l'action civile _____	169
2.	Les règles de prescription en matière administrative _____	170
3.	La prescription décennale de la loi du 4 mars 2002 _____	171
II.	L'absence de règle unique aux États-Unis _____	172
1.	La notion de statute of limitations aux États-Unis _____	172
2.	La multiplicité des délais de prescription propre à chaque État _____	173

DEUXIEME PARTIE _____
**LES CONTENTIEUX FRANÇAIS ET AMERICAIN DE LA RESPONSABILITE
MEDICALE POUR FAUTE, SOURCE D'INFLUENCE.** _____ 183

TITRE I _____
**La procédure: un aspect particulier de la mise en œuvre de la
responsabilité médicale en France et aux Etats-Unis** _____ 184

CHAPITRE I _____
Des systèmes processuels différents _____ 185

SECTION I. Aspects de droit comparé des procédures françaises et américaines _____ 187

§1. L'introduction d'une instance en droit français et en droit américain _____ 187

§2. L'absence du juge dans l'administration de la preuve aux Etats-Unis _____ 190

I. Le juge, acteur passif du procès américain _____ 190

II. La particularité de la procédure de *discovery* aux Etats-Unis : l'instruction de l'affaire par les parties 191

SECTION II. Un aspect déterminant de la procédure aux Etats-Unis : le jugement par un jury _____ 192

§1. La place des jurys populaires dans le procès _____ 192

I. La désignation des membres du jury par les parties _____ 193

II. Le poids du jury dans la décision finale _____ 195

§2. Critiques relatives aux jugements par jurys _____ 196

I. L'absence de compétence du jury pour statuer sur des matières techniques _____ 196

II. Une controverse récurrente : l'allocation de dommages et intérêts _____ 198

CHAPITRE II _____
L'influence du système processuel américain sur le système français _____ 200

SECTION I. L'émergence d'une action de groupe en droit français _____ 200

§1. L'insuffisance du droit français en matière d'action de masse concernant les préjudices de santé. 202

I. Une défense des intérêts collectifs de santé limitée en droit français _____ 203

1. Les actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs : l'action civile, l'action en
cessation et l'action par voie d'intervention _____ 205

2. L'action en représentation conjointe _____ 206

II. Effets limités des actions en justice menées par les associations de consommateurs en droit français 206

§2. Une transposition envisageable d'une « class action » en droit français pour les préjudices de santé	208
I. L'expérience américaine des <i>class actions</i>	208
II. L'introduction en droit français d'une « class action »	211
1. Des obstacles procéduraux empêchant la crainte d'une dérive à l'américaine	212
a) Une première garantie : l'adage « nul ne plaide par procureur »	212
b) La décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989	213
c) La prohibition des arrêts de règlements	214
d) La garantie du principe de l'effet relatif de la chose jugée	215
2. Les principes fondamentaux du droit français venant appuyer la possibilité de mettre en place une « class action » « raisonnée »	216
a) La nécessaire adaptabilité de la « class action » avec les principes des droits de la défense	216
(i) La procédure de « discovery » incompatible en principe avec le respect principe de l'égalité des armes	216
(ii) Le principe de la contradiction	218
b) La craintes de l'introduction des « punitives damages »	220
III. La possibilité d'une « class action » en France appliquée au droit de la responsabilité médicale	221
SECTION II. Les modes alternatifs de règlements des conflits (MARC)	228
§1. L'état actuel du droit français des modes alternatifs de règlements des conflits en matière médicale.	231
I. La conciliation devant les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation	231
II. Les procédures amiables de droit commun	234
1. Les modes extra-judiciaires de règlement amiable	234
2. Les modes judiciaires de règlement amiable des conflits	236
§2. L'« alternative dispute resolution » en droit américain (ADR)	238
I. Les différentes formes d'« <i>alternative dispute resolution</i> » en droit américain	238
1. La médiation et l'arbitrage	239
2. Le Jugement sommaire	241
3. Le pre trial	242
II. Un aménagement possible des règles processuelles comme source d'une meilleure communication médecin-patient et comme remède à l'inflation des litiges les concernant	243

TITRE II _____
Vers une américanisation du contentieux de la responsabilité médicale pour faute favorisant le déséquilibre de la relation médecin patient ___ 250

CHAPITRE I _____
Une judiciarisation de l'activité médicale installée en droit français et en droit américain. _____ 252

SECTION I. Une augmentation des sinistres liés à l'activité médicale en France et aux Etats-Unis ___ 252

§1. L'augmentation du nombre de réclamations en relation avec l'évolution du droit. _____ 253

§2. Une demande croissante de sécurisation du patient _____ 256

SECTION II. La finalité de la condamnation à des dommages et intérêts différente en France et aux Etats-Unis _____
_____ 256

§1. Le principe de la réparation intégrale comme fondement de la réparation du préjudice en droit français et en droit américain _____ 257

§2. Des systèmes de réparation qui ont tendance à converger. _____ 259

I. L'obligation faite à la victime de minimiser son préjudice. _____ 259

II. Appréciation critique du principe de la réparation intégrale en droit français _____ 263

1. La fonction dépassée de la réparation intégrale _____ 263

2. La pratique officieuse des dommages et intérêts punitifs _____ 265

a) La règle de l'attribution des dommages et intérêts punitifs en droit américain _____ 265

b) L'attribution déguisée des dommages et intérêts punitifs en droit français _____ 267

SECTION III. Vers une nouvelle appréciation de la notion de réparation du préjudice en droit français 265

§1. La nécessaire prise en compte sociale du risque _____ 270

§2. L'introduction souhaitable du principe de la minimisation du préjudice _____ 272

CHAPITRE II	
Les effets de la judiciarisation sur l'activité médicale	274
SECTION I.	La dénaturation de l'acte médical 274
§1. Le glissement de l'acte de soins vers un acte de consommation	275
I.	La modification de la relation médicale 275
II.	La notion de consommateur de soins 279
§2. Vers une judiciarisation de la médecine et une victimisation du patient	280
§3. Le développement de la médecine défensive	283
I.	La menace judiciaire sur la médecine 283
II.	En raison d'un contexte propice 284
SECTION II.	La crise de l'assurance responsabilité médicale 286
§1. Un phénomène déjà bien présent aux États-Unis	287
§2. Un phénomène qui gagne du terrain en France	290
CONCLUSION GENERALE	298
PROPOSITION DE REFORME DU SYSTEME JURIDIQUE DE RESPONSABILITE MEDICALE POUR FAUTE	302