Université de Rennes
Faculté de Droit et de Sciences Politiques
École des Hautes Études en Santé Publique

Master 2 « Droit de la santé »
Parcours *« Droit et Éthique des institutions et des professions de santé »*

L'articulation et le partage des régimes de responsabilité médicale entre médecins et établissements de santé

Héloïse MATHAUT
Année universitaire 2023-2024
Date de soutenance : 12 septembre 2024

Sous la direction de Madame Marie-Laure MOQUET-ANGER, *Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes*

Membres du jury :
Madame Marie-Laure MOQUET-ANGER, *Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes, Présidente de l'Association Française de Droit de la Santé, Directrice de Mémoire*
Maître Dominique CARTRON, *Avocat au Barreau de Rennes spécialisé en Droit du Dommage Corporel et de la Santé, Droit Immobilier et Droit de la Consommation*

La faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université de Rennes et l'École des Hautes Études en Santé Publique n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux propos émis dans ce mémoire. Ces propos doivent être considérés comme propres à l'auteur.

Université de Rennes
Faculté de Droit et de Sciences Politiques
École des Hautes Études en Santé Publique

Master 2 « Droit de la santé »
Parcours *« Droit et Éthique des institutions et des professions de santé »*

L'articulation et le partage des régimes de responsabilité médicale entre médecins et établissements de santé

Héloïse MATHAUT
Année universitaire 2023-2024
Date de soutenance : 12 septembre 2024

Sous la direction de Madame Marie-Laure MOQUET-ANGER, *Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes*

Membres du jury :
Madame Marie-Laure MOQUET-ANGER, *Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes, Présidente de l'Association Française de Droit de la Santé, Directrice de Mémoire*
Maître Dominique CARTRON, *Avocat au Barreau de Rennes spécialisé en Droit du Dommage Corporel et de la Santé, Droit Immobilier et Droit de la Consommation*

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Madame le Professeur Marie-Laure MOQUET-ANGER, qui, d'une part en qualité de directrice de mémoire, m'a apporté une expertise précieuse ; et d'autre part en qualité de directrice de Master, m'a transmis son intérêt pour le Droit de la santé et ses enjeux.

Je remercie également la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Rennes, ainsi que l'École des Hautes Études en Santé Publique et leurs intervenants pour les enseignements dispensés au cours de ces deux années de Master.

Je remercie les équipes de Direction du CHU de Rennes et du CHP Saint-Grégoire, et tout particulièrement Madame Nathalie GIOVANNACCI, Directrice des coopérations et des relations internationales du CHU, et Madame Anne-Sophie QUIGUER, Directrice Générale Adjointe du CHP pour leur bienveillance et leur disponibilité lors des stages effectués à leurs côtés.

Enfin, j'adresse des remerciements particuliers à mes amis, qui ont traversé cette année à mes côtés et qui m'ont apporté soutien et motivation dans la réalisation de ce projet. Je remercie aussi Thomas et Désirée pour leurs conseils et leur présence.

Sommaire

INTRODUCTION

Titre 1 : Une activité médicale caractérisée par sa dangerosité génératrice de responsabilité civile

Chapitre 1 : Une responsabilité civile personnelle des praticiens hospitaliers de plus en plus difficile à engager

Chapitre 2 : L'enjeu fondamental de la réparation des dommages des victimes en raison de leur particulière gravité

Titre 2 : Les responsabilités à visée sanctionnatrice à l'appui d'une responsabilité civile peinant à garantir les droits des patients

Chapitre 1 : Une protection des droits des victimes de dommages liés à l'activité médicale grâce à la responsabilité pénale

Chapitre 2 : Une protection de l'ensemble de la profession de médecin grâce aux responsabilités ordinales et disciplinaires

CONCLUSION

Liste des abréviations

ARS : Agence Régionale de Santé

CAA : Chambre Administrative d'Appel

CE : Conseil d'État

CH : Centre Hospitalier

CHP : Centre Hospitalier Privé

CHU : Centre Hospitalier et Universitaire

CPAM : Caisse Primaire d'Assurance Maladie

CSP : Code de la Santé Publique

DGAFP : Direction Générale de l'Administration et de la Fonction Publique

FEHAP : Fédération des Établissements Hospitaliers et d'Aide à la Personne privés solidaires

IDCC : Identifiant Des Conventions Collectives

JORF : Journal Officiel de la République Française

MASCF : Mutuelle d'Assurance du Corps de Santé Français

ONIAM : Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux

SAMU : Service d'Aide Médicale Urgente

SSR : Sous Sections Réunies

Introduction

La profession de médecin est intellectuelle, désintéressée et indépendante. Les motivations intrinsèques des médecins sont caractérisées par une dévotion au malade et à ses intérêts, par une prise en charge entièrement tournée vers autrui. Le code de déontologie médicale fait peser sur les médecins une obligation de respect de la vie et de la dignité de la personne[1] et de soins consciencieux et dévoués[2]. Ces motivations et ces missions sont symboliquement opposées à la commission de fautes génératrices de dommages pour les malades. Néanmoins, le secteur de la santé est l'un des plus coûteux en termes de réparation, la MCSF comptabilisait en effet un total de 24,6 millions d'euros d'indemnisations versées au titre de l'activité médicale en 2022[3]. Il est donc paradoxal de voir une telle mobilisation de la responsabilité des professionnels et établissements de santé, au regard de la nature même de leur mission.

Le système de santé français actuel est le résultats d'évolutions successives sur le plan scientifique, juridique et sociétal. En effet, la Nation doit garantir le droit à la protection de la santé posé par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et érigé comme principe à valeur constitutionnel par le Conseil Constitutionnel en 1990[4]. Or, la rapidité avec laquelle évolue la santé en général complique cette tâche. La science progresse, les habitudes de la population évoluent, les structures offrant des soins se métamorphosent… Forçant le système de santé à des ajustements constants de son fonctionnement.

L'activité hospitalière est une des actrices les plus importantes de ce système, c'est pourquoi elle a fait l'objet de nombreuses modernisations afin de continuer à proposer des soins sécurisés, adaptés et de qualité à la population. Les hôpitaux n'avaient historiquement pas le même objectif qu'aujourd'hui. Les hospices, maisons de santé et hôtels dieux n'avaient pas pour vocation de soigner, mais davantage d'accompagner les mourants et d'accueillir la population marginalisée. Par ailleurs, ils étaient gérés par des congrégations religieuses, la religion y occupait une place importante puisqu'à l'époque les médecins ne pouvaient rien contre la maladie et la mort, c'était donc entre les mains de Dieu que la population plaçait son destin. La révolution française va bouleverser cette organisation et les établissements de santé vont être

[1] Article R4127-2 du Code de la santé publique.
[2] Article R4127-32 du Code de la santé publique.
[3] MACSF. Infographie – Responsabilité médicale : indemnisations les plus élevées. 26 septembre 2023.
[4] Conseil Constitutionnel, Décision 89-269 DC - 22 janvier 1990 - Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.

nationalisés, leur gestion va être confiée à des collectivités publiques locales et départementales. À l'époque des Lumières les progrès de la science, la découverte de nouvelles techniques et la meilleure compréhension du corps et de la médecine vont permettre le développement de structures mieux organisées. Les principaux bouleversements scientifiques et organisationnels vont intervenir au 20ème siècle. Les progrès de la médecine vont être exponentiels et ouvrir des possibilités jamais envisagées jusque-là. La seconde guerre mondiale suscite une prise de conscience relative au respect de l'intégrité physique et de la dignité, parallèlement la création de la sécurité sociale permet à toute la population d'avoir accès aux soins. Les établissements de santé se développent et s'organisent pour répondre à la demande, les réformes vont alors se succéder jusqu'à aujourd'hui. Désormais, l'hôpital est un établissement ayant vocation à recevoir des personnes afin de bénéficier de soins dispensés par des médecins ou auxiliaires médicaux. Il regroupe plusieurs domaines d'activité médicale et dispose d'un plateau technique permettant la réalisation d'interventions, de consultations et de prescriptions. L'établissement peut être public ou privé, à but lucratif ou non et comprendre des médecins agents publics statutaires ou contractuels, des médecins salariés et des médecins libéraux. Il participe au service public hospitalier de droit lorsqu'il est public, mais peut également placer certaines de ses activités sous cette qualification lorsqu'il est privé. Ce sont les articles L6141-1 et suivants du Code de la santé publique qui définissent les établissements de santé et leurs missions.

Les malades sont un autre acteur très important du système de santé. L'organisation de celui-ci répond à un soucis de protection du droit à la santé de la population, il fonctionne donc autour du patient. Or, le patient est susceptible de subir des préjudices à l'occasion d'une prise en charge hospitalière. C'est une situation minoritaire que les médecins et les établissements font tout pour éviter, mais elle est malgré tout induite par la nature de l'activité médicale. Celle-ci est en effet caractérisée par sa haute technicité et son aléa, tout acte médical comportant des risques. Lorsque ceux-ci se réalisent, il faut trouver le moyen de réparer le dommage de façon satisfaisante. C'est ici qu'intervient la responsabilité médicale. Au sens général, la responsabilité renvoie à l'obligation pour l'auteur d'un dommage de répondre de ses conséquences. Mais celles-ci peuvent être de plusieurs ordres. Tout d'abord, la responsabilité réparatrice a pour objet de répondre civilement du dommage, c'est-à-dire en indemnisant pécuniairement la victime à hauteur du préjudice subi. Cela suppose qu'une faute ait été commise et qu'une victime en ait subi les conséquences dommageables. Son régime en matière hospitalière est prévu à l'article L1142-1 du Code de la santé publique. Ensuite, la responsabilité sanctionnatrice a pour objectif de sanctionner la personne qui a commis une infraction pénale

ayant atteint la société dans son ensemble, une faute disciplinaire ayant atteint l'employeur ou le service, ou une faute déontologique ayant atteint la communauté professionnelle médicale. Les régimes de responsabilité médicale varient également en fonction du mode d'exercice du médecin ou de l'établissement, ainsi que du type de faute commise ou de préjudice subi.

Les victimes peuvent donc être différentes en fonction du régime de responsabilité qui est mobilisé. Les malades ne sont pas les seuls susceptibles de voir leurs intérêts atteints par l'activité médicale hospitalière, les établissements de santé eux-mêmes peuvent subir des atteintes à leur réputation, leur patrimoine et plus largement leur fonctionnement en raison des fautes d'un de leurs médecins. La communauté des médecins peut également être atteinte par des manquements à la déontologie médicale.

C'est pourquoi les différents régimes de responsabilité médicale s'articulent dans le contentieux. Ils sont mobilisés de façon complémentaire en fonction des intérêts et des enjeux en présence. Certains régimes ne permettent pas de répondre à tous les besoins identifiés et présentent des lacunes, si la qualification des fautes le permet il sera donc intéressant de faire appel à un autre régime de responsabilité. Par ailleurs, il arrive qu'au sein de ces régimes il soit difficile de faire peser les conséquences de ses actes sur l'auteur réel du préjudice. En fonction de la personne contre qui la victime choisit d'agir et de la décision des juges, les hôpitaux peuvent par exemple être amenés à supporter les fautes de leurs médecins. Des mécanismes de partage de responsabilité sont alors mobilisables afin de répartir équitablement la charge de la réparation.

Le sujet portera sur plusieurs aspects du droit de la responsabilité médicale, mais il se cantonnera à l'application des régimes de responsabilité à l'activité hospitalière. Seront exclus les régimes s'appliquant aux professionnels de santé exerçant en médecine de ville. Toutefois, seront étudiés les professionnels de santé libéraux exerçant en clinique privée, de même que l'activité libérale en hôpital public. En effet, le sujet s'enracine dans la relation très particulière qui lie les professionnels de santé à la structure hospitalière, relation en principe exempte de hiérarchisation, mais pour autant source d'obligations pour les praticiens, questionnant ainsi les modalités de responsabilité en cas de dommage causé par un médecin.

Les établissements de santé publics et privés seront tous deux étudiés. Les régimes, bien que différents en leur principe, se rapprochent sur leur fonctionnement et leur résultat. Il est donc adéquat de se pencher sur leurs intérêts et modes de fonctionnement respectifs. Cela entraînera par ailleurs un questionnement relatif aux particularités du secteur public par rapport

au secteur privé et réciproquement, aussi bien dans l'exercice médical que dans le fonctionnement administratif et les buts poursuivis.

S'agissant des acteurs personnes physiques de ces régimes de responsabilité médicale, seuls les médecins et chirurgiens feront l'objet de développements. Ce qui renvoie donc premièrement aux médecins agents publics exerçant dans des structures hospitalières publiques. Avant l'ordonnance du 17 mars 2021[5], ceux-ci étaient divisés en un grand nombre de catégories. La réforme de 2021 associée à un décret de 2022[6], a simplifié ces qualifications en maintenant uniquement les statuts de : personnel enseignant hospitalier, praticien hospitalier statutaire à temps plein ou temps partiel, praticien contractuel, assistant des hôpitaux et praticien diplômé hors Union Européenne. Ces médecins sont dans une situation juridique unique, en ce qu'ils cumulent les obligations s'appliquant aux agents publics travaillant pour le service public hospitalier, qui supposent des contraintes vis-à-vis de la direction de l'établissement ; et les obligations s'imposant aux médecins au regard de la déontologie, qui supposent des contraintes vis-à-vis des patients, mais aussi une liberté d'exercice et une indépendance. Deuxièmement, cela renvoie aux médecins salariés des établissements de santé privé. Ils sont liés à la clinique par un contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée, ce qui entraîne la création d'un lien de subordination entre le praticien et son employeur. Troisièmement, cela renvoie aux médecins libéraux exerçant en établissement de santé privé. Ils sont rémunérés à l'acte par le patient et en contrepartie de l'utilisation du plateau technique, du personnel et des locaux de l'hôpital, ils lui reversent une redevance. En revanche, seront exclus de l'étude les métiers de la pharmacie et de la physique médicale ainsi que les auxiliaires médicaux, les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes. À l'exception toutefois des situations où des faits dommageables seraient commis par des auxiliaires médicaux sous la responsabilité d'un médecin.

S'agissant des victimes, il conviendra de se limiter aux patients subissant des préjudices corporels et moraux dont le fait générateur réside dans un soin ou une prise en charge hospitalière, et résultant du fait d'un médecin ou de l'établissement. Les victimes de dommages purement patrimoniaux seront écartées de l'étude, soit les patients de l'hôpital subissant une perte ou un vol à l'occasion de leur hospitalisation. En effet l'intérêt du sujet ici est de s'intéresser aux régimes de réparation et de sanction des responsables d'atteintes à la personne en milieu médical. Leur traitement est particulier en raison de la gravité de l'atteinte, et de la difficulté et l'aléa caractérisant l'activité médicale. D'un point de vue plus global, il faudra

[5] Ordonnance n° 2021-292 du 17 mars 2021 visant à favoriser l'attractivité des carrières médicales hospitalières. JORF n° 0066 du 18 mars 2021.
[6] Décret n° 2022-134 du 5 février 2022 relatif au statut de praticien hospitalier. JORF n° 0031 du 6 février 2022.

s'intéresser aux individus subissant des conséquences d'une faute commise par un médecin : les établissements de santé et les autres membres de la profession de médecin.

Seront envisagés les aspects civils, administratifs et pénaux de la responsabilité. Le champs d'étude des responsabilités médicales sera très large afin d'appréhender au mieux les enjeux sous-jacents de chaque situation, l'intérêt et le fonctionnement de chaque régime de responsabilité en cas de préjudice lié à l'activité hospitalière. En effet il est possible de diviser les régimes de responsabilité en deux catégories relatives à l'objectif poursuivi. Tout d'abord il conviendra de s'intéresser aux responsabilités ayant une finalité réparatrice. Cela renvoie aux responsabilités civiles et administratives, leur objectif est de permettre à la victime d'un dommage d'obtenir réparation des préjudices subis. L'idée est de valoriser le préjudice afin de le compenser par le versement de dommages et intérêts. Peuvent être à l'origine d'une telle responsabilité : les manquements des professionnels de santé, tels que le non-respect de leur obligation d'information et de consentement, les fautes médicales… ; et les manquements des établissements de soins, tels que les fautes dans l'organisation médicale du service. Ce sont des responsabilités davantage tournées vers la victime du dommage que vers l'auteur. En revanche, seront écartées les indemnisations de victimes en l'absence de faute médicale. Le point central de ce développement réside dans la commission et la caractérisation de fautes, et la mobilisation d'un régime de responsabilité. Or lorsqu'une personne est victime d'une infection nosocomiale, ou de la défectuosité d'un produit ou dispositif médical, c'est une indemnisation fondée sur une responsabilité sans faute qui est mobilisée. De même, les dommages provoqués par un aléa thérapeutique ou des vaccinations obligatoires sont indemnisés par la solidarité nationale, c'est-à-dire par l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM). Il n'y a donc pas de responsabilité à engager. Seuls les enjeux de la création de ces régimes particuliers de responsabilité sans faute seront donc développés en raison de leur intérêt pour la compréhension de l'ensemble du contentieux médical. Ensuite, il sera nécéssaire de s'intéresser aux responsabilités à visée sanctionnatrice, qui interviennent souvent en renfort des responsabilités à visée réparatrice. Cela renvoie aux responsabilités pénales, ordinales et disciplinaires. En cas de responsabilité pénale, l'intérêt violé est celui de la société, il n'y a donc pas forcément de victime, mais il y a toujours une faute résidant dans une infraction pénale. En cas de responsabilité disciplinaire ou ordinale c'est l'intérêt de la profession qui est atteint par une violation de la déontologie médicale ou des obligations du service public hospitalier. L'idée est de sanctionner la personne qui a mal agit en la condamnant à une sanction pénale ou disciplinaire. Les responsabilités à visée réparatrice et sanctionnatrice sont indépendantes et

peuvent donc se cumuler afin de créer une protection efficace de tous les acteurs du système de santé : malade, médecin, établissement de santé et communauté professionnelle.

Un augmentation du nombre de sinistres médicaux et de recours des patients s'observe depuis plusieurs années. Les secteurs les plus touchés par les actions en responsabilité sont la chirurgie viscérale, la neurochirurgie et la chirurgie orthopédique[7]. Le taux de condamnation civile est passée de 33% dans les années 1980 à 71% en 2020.[8] Plusieurs facteurs permettent d'expliquer cette évolution : l'augmentation du nombre d'actes de soins, les progrès de la science, la vague consumériste et la prise de conscience par les usagers des hôpitaux du risque d'accidents sériels provoqués par la médecine.

Parallèlement, des réformes successives sont intervenues pour protéger les droits des patients et donner une valeur législative aux règles applicables en la matière, une des plus significative étant la loi Kouchner du 4 mars 2002[9]. Auparavant le droit de la responsabilité médicale était exclusivement prétorien et les médecins se voyaient protégés par le concept de paternalisme médical, mais les scandales sanitaires successifs de la fin du 20ème siècle tels que le scandale du sang contaminé, ont affecté la confiance des patients et le statut du médecin. L'étude se concentrera sur le fonctionnement actuel de la responsabilité médicale, mais elle prendra appui sur l'évolution de la législation, indispensable à l'analyse efficace des enjeux. Par ailleurs, une observation de l'historique de cette discipline est fondamentale pour comprendre la recherche d'équilibre entre garantie des droits des patients et prise en compte des particularités de l'activité. Si une approche rétrospective est nécéssaire pour comprendre le présent, il conviendra également d'adopter une vision prospective du sujet, la matière médicale étant en mouvement permanent.

La responsabilité médicale se distingue des régimes de responsabilité appliqués à d'autres matières. Elle mobilise des enjeux sensibles et fait intervenir des acteurs aux problématiques difficile à concilier. Tout d'abord, le stress lié à la prise en charge et les symptômes de leur affection peuvent placer les patients en situation de vulnérabilité. Les professionnels et les établissements de santé doivent donc être attentifs à cela, et veiller à accomplir leurs missions tout en respectant les droits, l'intégrité et la dignité des malades. Ensuite, les médecins sont

[7] MACSF. La sinistralité des professionnels de santé : les chiffres clés 2022. 29 septembre 2023.
[8] MACSF. Responsabilité médicale : le rapport 2020 de la MACSF marqué par la sévérité des tribunaux. 29 septembre 2020.
[9] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.

chargés d'une mission de soin, délicate d'un point de vue technique en raison de la difficulté et de la précision des prescriptions et des interventions, mais aussi d'un point de vue moral en raison de l'attente des patients et des risques. Ils sont également tenus à certaines obligations vis-à-vis de la structure hospitalière dans laquelle ils interviennent, et de la communauté médicale. Une variété d'aspects de leur exercice peut être générateur de responsabilité. Enfin, les établissements de santé supportent une lourde responsabilité. Premièrement, au titre de leur organisation et de leur fonctionnement, particulièrement lorsqu'ils participent au service public hospitalier. Deuxièmement, au titre de l'activité des médecins qui y travaillent, or celle-ci peut être génératrice de dommages que l'établissement devra supporter dans la majorité des cas. L'enjeu est ici de parvenir à qualifier les faits entre faute de service et faute personnelle.

L'intérêt du sujet réside donc dans la recherche permanente d'équilibre entre ces trois acteurs majeurs : le patient, le médecin et l'hôpital. Ils ont des obligations et des droits propres, dont le respect conditionne le bon fonctionnement du système de santé. La révolution culturelle des années 1960 et les crises sanitaires qui se succèdent depuis les années 1990 ont bouleversé la vision du corps, de la santé et de la profession médicale. Les régimes de responsabilité tentent de prendre cela en compte, tout en préservant les conditions d'exercice des médecins et leur indépendance.

Un fort aspect éthique caractérise également l'activité médicale. Les médecins sont les premiers à s'être dotés d'une morale professionnelle afin de garantir la vertu de leur profession. Comme déjà évoqué, ils sont soumis à un code de déontologie médicale et ont des missions entièrement tournées vers autrui et sa santé. L'importance de l'éthique dans le domaine de la santé s'observe également dans les régimes de responsabilité. En effet, l'objectif est en premier lieu de répondre au besoin du patient de trouver un responsable à son dommage. La réparation intervient en second lieu comme compensation matérielle, mais symboliquement c'est la recherche d'un responsable, voire d'un coupable en cas d'infraction pénale, qui motive l'action. Il peut être difficile de prendre en compte cet aspect dans le contentieux.

C'est pourquoi le régime de la responsabilité médicale fait l'objet d'adaptations constantes et peut faire face à des difficultés d'application. Les juges et le législateur s'efforcent de trouver constamment des solutions aux lacunes identifiées et de prendre en compte les besoins de la population. Les régimes de responsabilités à visée réparatrice poursuivent un objectif de protection des droits des malades et de la santé. Les juges disposent d'une marge de manœuvre importante dans l'appréciation des situations, afin de répondre au mieux aux enjeux et aux

besoins des parties en présence. La qualification des fautes et l'identification du responsable répond à une nécessité d'indemniser efficacement. Cependant, d'autres problématiques innervent la matière et les responsabilités civiles et administratives sont parfois insuffisantes. Les responsabilités à visée sanctionnatrice sont donc de plus en plus utilisées par combler les lacunes et construire une solution globale plus juste et efficace. La responsabilité pénale permet une sanction de l'auteur de la faute, ce qui est à la fois incitatif et protecteur. Toutefois, une infraction pénale est en pratique difficile à caractériser, c'est pourquoi les responsabilités disciplinaires et ordinales interviennent en complément. Elles permettent aux établissements de santé et à la communauté médicale de protéger leurs intérêts et d'agir plus directement contre un médecin fautif.

L'activité médicale est dangereuse par nature. Elle suppose une atteinte au corps humain et peut donc provoquer des dommages. Ces dommages peuvent être d'une particulière gravité, il est donc fondamental de les réparer de façon satisfaisante. Par ailleurs, les progrès de la science sont exponentiels, ce qui impose des formations aux professionnels de santé afin de leur permettre de proposer des soins conformes aux données acquises de la science. Ils suscitent également des questionnements éthiques, les portes ouvertes par les innovations et découvertes pouvant remettre en question certains postulats. Il faut constamment adapter les pratiques juridiques pour protéger au mieux les patients et leurs droits, ce qui conduit à se demander dans quelle mesure les mécanismes de responsabilité médicale permettent-ils de garantir les droits des patients tout en protégeant le statut particulier des médecins ?

Il conviendra donc de s'intéresser dans un premier temps à la dangerosité de l'activité médicale. Celle-ci se développe, les actes médicaux se multiplient et les techniques se complexifient, ce qui augmente le nombre de dommages. Cette augmentation, associée à une évolution des mentalités et à une facilitation des recours peut générer une forte responsabilité des acteurs de santé (Titre 1). Dans un second temps, il faudra se pencher sur les responsabilités à visée sanctionnatrice, qui interviennent à l'appui de la responsabilité civile. En effet, celle-ci présente des lacunes en termes de protection des droits des malades et ne prend pas toujours parfaitement en compte les intérêts de tous les acteurs. Le mouvement de pénalisation de la santé et la modernisation des procédures ordinales et disciplinaire visent à compléter son action (Titre 2).

Titre 1 : Une activité médicale caractérisée par sa dangerosité génératrice de responsabilité civile

Le contentieux médical et le droit de la responsabilité civile sont des matières délicates à appréhender. Les juges confrontés à des litiges impliquant des malades, des professionnels de santé et des hôpitaux sont dans une position difficile en raison des intérêts en présence. Il y a tout d'abord une nécessité absolue de protéger les droits des malades et de garantir le réparation efficace de leurs préjudices. En effet, il s'agit souvent de préjudices graves affectant physiquement et psychologiquement un public déjà vulnérable. Ensuite, il y a un soucis de conservation de l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur profession et de protection de leur activité, caractérisée par un risque important, un aléa et une technicité élevée. Enfin, il faut également préserver le fonctionnement des hôpitaux qui sont la pierre angulaire du système de santé et les gardiens de l'accès aux soins et à la santé. Il conviendra donc d'étudier dans un premier temps de quelle façon la responsabilité civile personnelle des médecins évolue, et pourquoi cette évolution tend vers une difficulté importante dans sa mobilisation (Chapitre 1). Dans un second temps, il sera indispensable d'envisager sous un autre angle le droit de la responsabilité médicale : celui de l'enjeu fondamental de la réparation des dommages des victimes (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une responsabilité civile personnelle des médecins hospitaliers de plus en plus difficile à engager

Les juges rechignent de plus en plus à permettre l'engagement de la responsabilité civile personnelle des médecins exerçant en établissement de santé. Cela s'explique par un soucis de protection de l'indépendance et des intérêts des médecins, mais également par la pénurie de ressources humaines médicales affectant actuellement le système de santé : il s'agit aussi d'inciter les médecins à dynamiser leur activité. Cette difficulté d'engagement de la responsabilité civile personnelle des médecins s'explique premièrement par un refus quasiment systématique des juges de qualifier des fautes personnelles (Section 1), et deuxièmement par le refus d'utilisation de leur action récursoire par les hôpitaux, conduisant à une absence de reconnaissance symbolique des fautes des médecins (Section 2).

Section 1 : Un refus quasiment systématique des juges de qualifier une faute personnelle

Les juges rechignent à qualifier les comportements dommageables des médecins de fautes personnelles, préférant retenir des fautes de services engageant la responsabilité de l'établissement de santé. Cette reconnaissance de la notion de faute de service est associée à un déclin de la faute lourde dans le contentieux médical (I), et cet abandon progressif de la notion de faute personnelle est permis par des garanties de réparation importantes (II).

I- Une reconnaissance de la notion de faute de service associée à un déclin de la faute lourde

Si le régime de responsabilité applicable aux professionnels et aux établissements de santé est aujourd'hui protégé par la loi Kouchner du 4 mars 2002[10], sa construction est bien prétorienne. Le contentieux médical est caractérisé par une évolution constante et une nécéssaire personnalisation de chaque solution. Cela en raison de la gravité que peuvent présenter les préjudices et les fautes, ainsi que de l'adaptation constante des techniques aux particularités des patients, pathologies, progrès médicaux et droits des malades. C'est un droit mouvant dont l'efficacité réside d'une part dans une grande souplesse, afin de laisser une marge d'appréciation de chaque situation ; et d'autre part dans la définition stricte de garanties, afin de permettre une protection des patients et des médecins. Une illustration importante de cela est l'abandon progressif par le juge administratif de la notion de faute personnelle, au profit de celle de faute de service, dans le cadre de la responsabilité administrative hospitalière.

C'est un arrêt du Conseil d'État (CE) du 8 novembre 1935[11] qui a permis l'engagement de la responsabilité d'une structure hospitalière. S'agissant de la notion de faute de service, celle-ci n'a pas fait l'objet d'une apparition claire dans le contentieux médical, elle a toujours imprégné celui-ci par application du droit de la fonction publique aux hôpitaux publics. En effet, les médecins exerçant en établissement public de santé sont des agents du service public hospitalier, or il est admis de longue date que « La détermination de la juridiction compétente pour décider de la réparation d'un dommage résultant d'un acte accompli par un agent d'un service public s'effectue sur la base de la distinction entre faute personnelle et faute de service, le juge compétent étant, dans le premier cas, le juge judiciaire, dans le second cas, le juge

[10] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.
[11] Conseil d'État, Section, 8 novembre 1935, Loiseau et Philipponeau, n°29669.

administratif »[12]. Ainsi, comme réaffirmé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 19 juillet 1983[13], l'État, ici en la personne morale de l'hôpital public participant au service public hospitalier, « répond des fautes commises par les agents dans l'exercice de leurs fonctions et ne peut mettre en cause la responsabilité personnelle de ceux-ci qu'en cas de faute personnelle de leur part ». Cette règle est codifiée à l'article L134-2 du code général de la fonction publique. Toutefois, malgré l'existence de cette législation et l'admission de la possibilité d'un engagement de la responsabilité des médecins en cas de faute personnelle, un déclin de la notion de faute personnelle s'observe dans le contentieux médical.

Afin de comprendre ce déclin et ses enjeux, il faut également s'intéresser à la nature des fautes susceptibles d'engager la responsabilité hospitalière. Historiquement, le juge administratif faisait une distinction fondamentale en fonction de la nature de l'acte ayant conduit à la réalisation du préjudice. Il distinguait les situations où le dommage du patient trouvait sa source en un acte médical ; et les situations où le dommage du patient trouvait sa source en un acte de soin courant ou en l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier. Il convient tout d'abord de définir ces trois types de faits générateurs de dommages, avant d'en exposer les régimes et évolutions.

Premièrement, l'acte médical strictement considéré renvoie aux fautes dans le raisonnement médical : erreurs de diagnostic, d'indication et de traitement ; et aux fautes dans la réalisation de l'acte médical : fautes techniques du médecin à l'occasion d'une intervention chirurgicale par exemple. Ce sont donc les actions supposant la mobilisation par le médecin de ses compétences et de son expertise professionnelle afin de soigner, prévenir ou diagnostiquer une maladie. Initialement, les juges administratifs requéraient la preuve qu'une faute lourde avait été commise par le médecin afin d'engager sa responsabilité ou celle de l'hôpital et indemniser la victime. Une faute lourde est une faute d'une particulière gravité. L'objectif était d'empêcher un engagement systématique de la responsabilité du médecin. En effet, conscients de la difficulté et de l'aléa de tout acte médical, les juges avaient fait le choix de renforcer les conditions d'engagement de la responsabilité afin de s'adapter aux spécificités de la médecine.

Deuxièmement, la faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service est qualifiée lorsque des disfonctionnements propres à la structure hospitalière ou aux décisions des organes ou représentants de celle-ci causent un dommage à un usager du service. Cela peut comprendre

[12] Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, Pelletier, n°00035.

[13] Conseil constitutionnel, Décision 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, JO 22 juillet 1983, page 2267.

un défaut dans la surveillance des patients et des locaux, un mauvais entretien des locaux et du matériel, une insuffisance de médecins ou auxiliaires médicaux, un défaut d'information du patient… La victime de tels faits n'avait ici qu'à apporter la preuve d'une faute simple[14].

Troisièmement, l'acte de soin courant renvoie aux actes habituels ne nécessitant pas d'expertise ou de compétences médicales particulières, et qui ne présentent en principe qu'un risque faible pour le patient. S'ils sont normalement prescrits par le médecin lui-même, ils peuvent être effectués en autonomie par un auxiliaire médical. La victime d'un acte de soin courant n'a qu'à apporter la preuve d'une faute simple. Les différences majeures avec l'acte médical sont : l'identité de la personne chargée de sa réalisation : il s'agit d'un auxiliaire médical, infirmier, aide-soignant…, et non pas d'un médecin ; et la difficulté de réalisation de l'acte : il s'agit d'une action habituelle, courante, ne présentant pas un risque important. Les juges administratifs permettaient donc un engagement plus facile de la responsabilité. Néanmoins, les auxiliaires médicaux exercent sous l'autorité d'un médecin, ainsi la qualification de fautes simples dans la réalisation des actes de soins courant pouvait entraîner l'engagement de la responsabilité du médecin prescripteur ou sous la responsabilité duquel le personnel exerçait. Par ailleurs, il devenait de plus en plus difficile de distinguer les actes de soins courants des actes médicaux stricts, c'est pourquoi le CE a abandonné l'exigence d'une faute lourde en matière d'actes médicaux et unifié le régime de responsabilité médicale pour faute dans un arrêt du CE du 10 avril 1992[15]. Désormais, la victime d'un acte médical, d'un acte de soins courant ou de l'organisation et le fonctionnement du service pourra se voir indemniser si elle prouve qu'une faute simple a été commise[16]. Un abaissement des exigences de caractérisation des fautes s'observe donc. Toutefois, le soucis de protection des médecins dans l'exercice de leur art et le soucis de prise en compte de la difficulté technique restent prégnants dans la construction et l'évolution des régimes de responsabilité. Le déclin de la faute personnelle des médecins en est une preuve.

Par ailleurs, il faut voir un lien entre ce déclin et l'abandon de l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité d'un médecin ou d'un établissement. En effet, les conditions permettant de caractériser une faute personnelle d'un médecin sont, soit qu'elle ait été commise en dehors du service et n'ait aucun lien avec celui-ci, soit qu'elle ait été réalisée à

[14] Conseil d'État, 8 novembre 1935, Loiseau et Philipponeau, n°29669
[15] Conseil d'Etat, Assemblée, 10 avril 1992, Époux V, n°79027, publié au recueil Lebon.
[16] GUETTIER, Christophe ; LE TOURNEAU, Philippe. Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats. Partie 1 : les frontières de la responsabilité civile ; Livre 11 : la responsabilité civile et la responsabilité administrative ; Titre 114 : les fonctions du droit de la responsabilité administrative. 2023/24

l'occasion du service mais présente une intention de nuire ou une exceptionnelle gravité. Si ces deux éléments seront développés plus en détail par la suite, il convient ici de s'intéresser à l'aspect « exceptionnelle gravité » de la faute personnelle. La notion de gravité est toujours fondamentale, mais elle ne conditionne aujourd'hui plus que l'engagement de la responsabilité personnelle du médecin et non plus la réparation en elle-même. En effet, en l'absence de faute grave, la victime pourra tout de même être indemnisée par l'établissement de santé. Il apparait une nette volonté des juges depuis plusieurs années de faire diminuer les cas d'engagement de la responsabilité personnelle des médecins, au profit de la responsabilité de l'établissement de santé, en retenant par conséquent non pas des fautes graves mais des fautes de service. Cela coïncide avec le précédent abandon de la notion de faute grave en responsabilité du fait des actes médicaux. Il faut se questionner sur les raisons de cette disparition progressive de la notion de gravité dans le contentieux médical.

II- Un abandon progressif de la notion de faute personnelle permis par des garanties en termes de réparation

L'article L1142-1 du code de la santé publique (CSP) dispose que les établissements et professionnels de santé ne peuvent voir leur responsabilité engagée qu'en cas de faute. Sont considérées comme des fautes de service toutes les fautes commises en lien ou à l'occasion du service public hospitalier et ne présentant pas un caractère de particulière gravité ou ne révélant pas une intention de nuire. Ce sont des fautes commises par les médecins agents publics, le personnel soignant et administratif, les fonctionnaires ou les organes de direction ou représentants de l'hôpital public. Si leurs agissements causent un dommage à un usager du service public hospitalier, l'établissement public de santé verra sa responsabilité administrative engagée. Les victimes seront indemnisées par la personne morale et le médecin ne verra pas son patrimoine atteint. Il existe toutefois des cas dans lesquels leur responsabilité personnelle pourra être engagée, conduisant à une réparation par le professionnel de santé responsable. La faute personnelle d'un médecin est premièrement la faute commise en dehors du service et sans aucun lien avec lui, et deuxièmement la faute commise à l'occasion du service mais avec une intention de nuire de l'auteur ou caractérisée par une exceptionnelle gravité. Ce deuxième point suscite des controverses, en effet il est parfois difficile de placer le curseur entre la faute de service et la faute personnelle lorsque celle-ci a été commise à l'occasion du service. Si l'intention de nuire ne pose pas de problème d'appréciation, la gravité fait l'objet d'une jurisprudence abondante. La faute grave est une faute inexcusable, professionnelle ou

déontologique, le professionnel de santé doit donc avoir causé du tort non seulement à un patient, mais aussi à sa profession[17]. Par exemple, dans un arrêt du 20 février 1958, la Cour d'Appel d'Amiens a qualifié de faute personnelle « le fait pour un chirurgien de pratiquer, sans le consentement du malade […] une opération grave au lieu de l'opération initialement prévue », ici n'est pas en cause une faute liée à la technique médicale mais à la déontologie. Les juges sont conscients de la difficulté et de l'aléa inhérents à l'exercice de la médecine et ils refusent de permettre un engagement facilité de la responsabilité des médecins. Tout acte médical comporte des risques, la chirurgie, le diagnostic… sont des activités complexes et un médecin est faillible, il faut donc réussir à démontrer qu'il a manqué à un devoir issu d'un autre aspect de sa profession pour engager sa responsabilité : un aspect éthique[18].

Il convient de revenir rapidement sur les fautes purement médicales susceptibles d'engager la responsabilité d'un médecin. Il faut distinguer le raisonnement et l'acte médical. Le raisonnement médical comprend le diagnostic et l'indication du traitement. Les erreurs de diagnostic et de traitement ne sont pas des fautes en elles-mêmes, pour qu'elles le deviennent la victime doit démontrer une erreur, faire la démonstration rétrospective du bon diagnostic ou traitement, prouver que ceux-ci étaient raisonnablement accessibles et que l'erreur a eu un impact sur sa prise en charge. La difficulté probatoire se retrouve dans la faute technique de réalisation de l'acte médical. Les juges non seulement ont posé un cadre très strict en matière de preuve d'une faute médicale, mais ont également rendu quasiment impossible la qualification de faute personnelle pour ce type d'actes. Cela afin d'éviter une systématisation des recours de patients victimes de dommages inhérents à un exercice professionnel risqué.

Cela illustre la tendance à l'abandon de la faute personnelle par les juges, qui retiennent la faute de service dès qu'il est possible de la rattacher à l'exercice du service public hospitalier. En effet ce type d'erreur est courant, c'est pourquoi les juges rechignent à considérer qu'un médecin ayant commis une faute technique, même très grave, ait commis une faute personnelle, ils préfèrent qualifier la faute de service et ainsi engager la responsabilité de l'établissement de santé. C'est une façon de protéger les médecins dans l'exercice de leur art.

Un exemple récent illustre cela, dans un arrêt du 6 octobre 2022 Centre Hospitalier de Vichy[19], le CE retient la responsabilité de l'établissement de santé, alors que le préjudice du patient avait été causé par une mauvaise indication thérapeutique du médecin praticien

[17] Conseil d'Etat, 4 / 6 SSR, 28 décembre 2001, Valette, n°213931, publié au recueil Lebon.
[18] MOQUET-ANGER, Marie-Laure. Droit Hospitalier. 7ème édition, 2024. LGDJ. p.513.
[19] Conseil d'État, 5ème - 6ème chambres réunies, 6 octobre 2022, Centre Hospitalier de Vichy, n°446764.

hospitalier, dans l'exercice de son activité libérale à l'hôpital. Il affirme que « lorsque l'intervention est réalisée au sein du service public, y compris par un praticien hospitalier qui a lui-même posé l'indication thérapeutique dans l'exercice de son activité libérale, la faute commise dans le choix de cette indication thérapeutique est de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier, alors même que l'exécution de l'opération n'a pas été par elle-même fautive ». Cette décision fait une interprétation extensive de la faute dans l'organisation du service afin d'engager la responsabilité de l'établissement au lieu de celle du médecin, cela s'explique par l'absence de fautes éthiques ou déontologiques. Elle élargit également la responsabilité des établissements publics de santé aux activités libérales des praticiens à l'hôpital[20]. Les fautes commises à cette occasion devraient peser sur les médecins qui ne bénéficient plus de la protection fonctionnelle induite par leur statut d'agent public, il faudrait distinguer les préjudices causés par l'exercice médical et par l'organisation ou le fonctionnement du service public. C'est en principe le cas, comme l'a retenu le CE dans un arrêt du 10 octobre 1973[21]. Mais dans cet arrêt de 2022, la poursuite de la prise en charge en service public « attire » la totalité de la prise en charge et entraîne une responsabilité de l'établissement public pour toutes les fautes, même celles commises par le médecin qui exerçait à titre libéral, ce qui revient à faire peser sur l'hôpital une forme de contrôle médical de l'activité du praticien libéral[22].

Ce déclin de la faute personnelle du médecin en matière de responsabilité civile n'entraîne pas, malgré les inquiétudes des associations de patients et commissions des usagers, une diminution de la réparation allouée aux victimes, c'est même le contraire qui s'est produit. En effet, les juges retiennent plus facilement la faute de service, faisant ainsi peser la responsabilité du préjudice et donc sa réparation sur les établissements de santé et non les médecins. Or, les hôpitaux sont plus solvables que les professionnels de santé, la victime obtiendra donc plus aisément réparation de son préjudice.

Néanmoins, cette réparation facilitée des victimes d'accidents médicaux n'est pas toujours allée de soi. Une nette évolution est observable en la matière, par le biais de la création de plusieurs mécanismes de garantie de réparation et de valorisation des préjudices. Tout d'abord,

[20] Article L6154-1 du Code de la santé publique.
[21] Conseil d'Etat, 2 / 6 SSR, 10 octobre 1973, Demoiselle Saint-Laurent et CPAM du Calvados, n°84178 84273, publié au recueil Lebon.
[22] MOQUET-ANGER, Marie-Laure. 2- Responsabilité pour faute A) Activité libérale à l'hôpital. Chronique - Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. Décisions d'octobre 2022 à mars 2023. La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 34, 28 août 2023, 2247. Lexis 360.

il faut évoquer rapidement le développement des indemnisations par la solidarité nationale. Les régimes de responsabilité médicale ont montré leurs limites ces dernières années avec le développement des zones grises dans lesquelles étaient laissées les victimes d'accidents médicaux non fautifs. Le principe de la responsabilité pour faute réside dans la démonstration qu'un responsable a commis un acte fautif, si aucun acte fautif n'a été commis, la victime ne peut pas obtenir réparation pour son préjudice. Or l'activité médicale, par sa complexité, est source de nombreux dommages sans pour autant que les médecins ou établissements aient commis une faute. C'est pourquoi la loi Kouchner du 4 mars 2002 a mis en place plusieurs régimes de responsabilité sans faute avec indemnisation des victimes par la solidarité nationale.

Ensuite, en présence de fautes cette fois, se pose la question de la capacité pour le responsable d'indemniser la victime. Les établissements et professionnels de santé ont, comme mentionné ci-dessus, une activité caractérisée par sa technicité et son aléa, particulièrement source de dommages. Les interventions sur le corps humain supposent une atteinte à l'intégrité physique susceptible de générer des préjudices moraux tels que le non-respect du consentement ou le non-respect de la personne humaine, mais aussi des préjudices corporels tels que des incapacités temporaires de travail, de la souffrance, des décès. Cela peut représenter une très lourde somme pour les responsables en raison de la valorisation très haute de tels dommages. C'est pourquoi une obligation d'assurance responsabilité civile des professionnels et des établissements de santé a été rendue obligatoire par la loi Kouchner du 4 mars 2002. Cette obligation est codifiée à l'article L1142-2 du CSP et encadrée par l'article L251-2 du code des assurances. C'est une garantie de l'indemnisation des victimes par les établissements de santé, mais elle permet également le glissement vers une systématisation de la faute de service au détriment de la faute personnelle car sans elle une protection fonctionnelle des praticiens hospitaliers serait impossible. De façon générale, l'article L134-1 du Code général de la fonction publique dispose que « L'agent public ou, le cas échéant, l'ancien agent public bénéficie, à raison de ses fonctions […], d'une protection organisée par la collectivité publique qui l'emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire », or les praticiens hospitaliers en hôpital public ont le statut d'agent public, cette protection fonctionnelle s'applique donc à eux également. Cela signifie que lorsque le praticien, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, est victime de certaines atteintes, ou que sa responsabilité est mise en cause pour une faute non personnelle, il bénéficiera d'une protection et d'un soutien financier de la part de l'administration l'employant. C'est un principe général du droit[23] justifié

[23] Conseil d'État, Section, 26 avril 1963, Centre Hospitalier de Besançon, n°42783, publié au recueil Lebon.

par la nature particulière des fonctions des agents publics, qui peuvent se retrouver en relation avec des usagers, et par les missions spéciales dont ils sont chargés[24]. Toutefois, l'existence d'une telle protection, si elle justifie l'obligation d'assurance responsabilité civile des établissements de santé, pourrait rendre obsolète celle des médecins. Celle-ci n'était mobilisée que pour les litiges mettant en cause la responsabilité pour faute personnelle des médecins, or si ce type de faute va jusqu'à disparaître, qu'adviendra-t-il de l'assurance responsabilité civile des médecins agents publics ? Il est possible de se questionner sur l'idée de la supprimer afin de renforcer celle des établissements de santé, en en diminuant les contraintes, ceux-ci étant de plus en plus sollicités en matière d'indemnisation. Cependant, se poserait alors un problème de dé responsabilisation morale des médecins à l'hôpital qui, ne risquant plus de mise en cause de leur responsabilité civile, seraient susceptibles de ne plus prendre toutes les précautions nécessaires à la qualité et la sécurité de leur activité. Ce qui aurait des conséquences pour les patients, mais aussi pour l'économie et le fonctionnement du système de santé. La pratique des juges ne va pourtant pas dans un sens de responsabilisation des professionnels, en effet le juge administratif est plus enclin à retenir une faute de service que le juge pénal : il a donc tendance à confisquer la faute susceptible d'engager la responsabilité du professionnel de santé afin de la juger lui-même conformément à l'intérêt général. Pour ce faire il qualifie majoritairement des fautes de service, évitant ainsi que l'appréciation de la faute ne soit confiée au juge judiciaire. Une illustration de ce mécanisme est issue des conclusion de Léon Bloom sur l'affaire Époux Lemonnier de 1918[25]. Il explique que lorsqu'un fait peut donner lieu à une faute personnelle et à une faute de service, la victime a intérêt à poursuivre l'administration plutôt que l'agent, incitant ce faisant les juges à reconnaître systématiquement la faute de service.

Il y a un double enjeu moral dans ce refus de reconnaître les fautes personnelles des médecins agents publics. D'une part, à l'égard du service, comme illustré par les arrêts du CE retenant la responsabilité de l'hôpital public pour faute de service, certains faits se trouvent à la limite de la faute personnelle. Par exemple dans l'arrêt du 6 octobre 2022 CH de Vichy, le CE retient la faute de service alors que les faits n'avaient pas strictement été commis dans le cadre du service public hospitalier. De même, il qualifie parfois de fautes de services des erreurs grossières, à l'image du médecin ayant diagnostiqué un problème d'anxiété au lieu de d'un infarctus dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux (CAA) du 14 novembre

[24] Ordre National des Médecins, Conseil National de l'Ordre. La Protection Fonctionnelle. Décembre 2020.
[25] Conseil d'Etat, du 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier contre commune de Roquecourbe*, n°49595 55240, publié au recueil Lebon

2006[26]. Les fautes de service peuvent camoufler des actes inacceptables d'un point de vue moral ou technique, permettant ainsi aux professionnels visés de poursuivre une activité médicale au contact de patients. Ce faisant, des actes graves pèseront sur tout le service sans mettre en cause la seule responsabilité de leur auteur. D'autre part, à l'égard de la victime, une faute de service est peu satisfaisante puisque celle-ci n'est pas directement reprochable à l'établissement chargé de la réparer, la victime ne voit pas l'auteur de son dommage puni par une atteinte à son patrimoine ou sa réputation. Toutefois, la responsabilité pénale peut venir au secours de cette situation, en effet elle est toujours personnelle, le juge judiciaire est plus enclin à retenir la faute personnelle du médecin.

Section 2 : L'absence de reconnaissance symbolique des fautes des médecins lié au refus d'utilisation de l'action récursoire par les hôpitaux

Cette primauté de la faute de service conduisant à l'engagement quasiment systématique de la responsabilité de l'hôpital ne peut exister sans garanties, au risque de provoquer des situations injustes. La principale garantie est le recours à une action récursoire contre le médecin auteur de la faute, mais il s'observe un refus des établissements de santé de recourir à ce type d'action contre leurs médecins (I). Néanmoins, le mécanisme de la responsabilité in solidum pourrait constituer une solution à cette absence de garanties en pratique (II).

I- Un refus de principe par les hôpitaux de recourir aux actions récursoires contre leurs médecins

Lorsqu'un hôpital public voit sa responsabilité réparatrice engagée pour les fautes personnelles commises par un de ses médecins, il bénéficie de la possibilité d'exercer une action récursoire contre celui-ci. Ainsi, le CE a considéré que « L'administration condamnée pour une faute personnelle peut engager une action récursoire contre le fonctionnaire »[27], de même que « Le fonctionnaire est pécuniairement responsable envers l'administration des conséquences dommageables de ses fautes personnelles détachables de l'exercice de ses fonctions. L'administration est en droit d'exercer une action récursoire à l'encontre d'un agent qui s'est

[26] Cour administrative d'appel de Bordeaux, 3ème chambre (formation à 3), du 14 novembre 2006, 03BX02246, mentionné aux tables du recueil Lebon
[27] Conseil d'État, Assemblée, 28 juillet 1951, Laruelle et Delville, n°01074, publié au recueil Lebon.

rendu coupable d'une telle faute »[28]. Ici n'est donc pas en cause la responsabilité de l'établissement public de santé pour une faute de service mais bien pour une faute personnelle d'un de ses agents. En effet, lorsqu'un préjudice est subi, la victime bénéficie d'une option, elle peut agir contre l'établissement public ou contre l'agent. Dans les faits les actions visent principalement les hôpitaux en raison de leur meilleure solvabilité et de la difficulté pour les demandeurs de déterminer l'identité du médecin ou du personnel soignant ayant directement causé leur dommage. Cette tendance est favorisée par les considérations des juges qui incitent d'une part à agir contre l'administration comme vu précédemment dans les conclusions de Léon Bloom sur l'affaire Lemonnier en 1918. D'autre part, en retenant des fautes de service alors même que les faits ont été commis par des médecins exerçant à titre libéral[29], ou que les faits sont constitutifs de fautes lourdes, les juges imposent aux victimes d'agir contre l'hôpital public. Ce dernier point pose un problème en ce qu'il empêche l'administration d'engager une action récursoire contre l'auteur du préjudice, puisqu'est en cause une faute de service et non une faute personnelle. Conscients de cette iniquité, les juges ont donc introduit une possibilité d'action récursoire des hôpitaux contre les médecins ayant commis des fautes de service. Dans l'arrêt CH de Vichy de 2022 le CE affirme que lorsque la faute commise dans le choix d'une indication thérapeutique est de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier, il est « loisible à l'établissement public de former une action récursoire contre l'auteur initial du choix thérapeutique à l'origine de la faute commise ». Cette ouverture aurait pu entraîner une multiplication des actions récursoires des hôpitaux contre les médecins fautifs, mais dans les faits les établissements de santé rechignent à recourir à ce type d'actions.

Ce refus peut sembler illogique en ce que, en dehors de toutes considérations éthiques ou humaines, il permettrait tout d'abord aux hôpitaux de récupérer une partie des liquidités engagées dans la réparation des victimes d'accidents médicaux fautifs. Pourtant, très rares sont les actions récursoires. Cela s'explique par des enjeux d'accès aux soins : l'activité médicale est actuellement en tension, les hôpitaux manquent de professionnels de santé, de lits et de matériel. Or, une action récursoire pourrait avoir comme effet de faire fuir les médecins exerçant dans l'établissement. Les professionnels personnellement visés verraient leur réputation au sein de l'établissement affectée, de même que leur confiance en l'administration, les poussant à partir afin d'exercer ailleurs. Les autres médecins sentiraient alors le poids de cette action sur eux et leurs actes, ce qui les conduirait à réduire les risques de leur activité en évitant les actes techniques et en réduisant leur exercice professionnel. Si les établissements de

[28] Conseil d'État, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 12 décembre 2008, n°296982, publié au recueil Lebon.
[29] Conseil d'État, 5ème - 6ème chambres réunies, 6 octobre 2022 ; Centre Hospitalier de Vichy, n°446764.

santé perdaient des professionnels, cela pourrait conduire à une fermeture de certains services, une rupture de la continuité des soins et une difficulté d'accès aux soins pour les malades. Ce qui aurait des conséquences financières pour l'établissement, mais affecterait également les droits des malades en général. Or, les établissements de santé ont une mission d'accès aux soins et de protection de la santé des malades, les risques induits par les actions récursoires les dissuadent donc d'y recourir.

Si la faible utilisation des actions récursoires à la disposition des établissements de santé est compréhensible, des conséquences sont à relever à trois niveaux de l'activité hospitalière. Premièrement, au niveau des médecins : la reconnaissance quasiment systématique de la faute de service à la place de la faute personnelle, associée au refus de recourir aux actions récursoires lorsqu'une faute personnelle a été commise, décharge les médecins d'une part de leur responsabilité. Les professionnels de santé commettent parfois des fautes portant sur des aspects fondamentaux du droit des malades et mettant en cause la qualité, la sécurité et le respect des patients. Si ces actes ne sont jamais relevés et n'entraînent pas de conséquences financières ou morales pour leurs auteurs, ceux-ci finiront par avoir l'illusion qu'ils sont déchargés de certaines de leurs obligations. Si la finalité première de la responsabilité civile ou administrative est la réparation d'un préjudice, elle incite aussi les médecins à s'auto réguler afin d'éviter un engagement de leur responsabilité. Ils ne craignent pas directement une sanction, mais l'atteinte à leur patrimoine ou leur réputation reste une incitation importante. Si cela devient anecdotique, voire impossible, ils ne le limiteront plus leurs comportements. Cela entraîne une banalisation de la faute du professionnel au profit d'une responsabilité de l'établissement de santé quand le médecin est agent public, et même lorsqu'il exerce une activité libérale à l'hôpital.

Deuxièmement, au niveau de l'établissement de santé : comme évoqué précédemment, qualifier toute faute de faute de service et refuser d'engager des actions récursoires lorsqu'une faute personnelle a été commise invisibilise certains comportements dangereux des médecins. De nouvelles fautes peuvent alors être commises, affectant la réputation de l'établissement, ses critères de qualité et son fonctionnement. Cela fait peser les actes d'un seul médecin sur tout le service. Ce qui a, au-delà des conséquences relatives à la qualité et la sécurité des soins, des implications pécuniaires. En effet, l'établissement supportera les réparations de chaque victime, réduisant ainsi les ressources affectées au développement de son activité, et pourra voir sa fréquentation diminuer en raison des conséquences sur sa réputation.

Troisièmement, au niveau des victimes de fautes médicales : de prime abord, l'engagement de la responsabilité de l'établissement semble bénéfique pour la victime qui obtient ainsi une

garantie de réparation. Toutefois, cela pose des problèmes d'un point de vue moral. Les victimes demandent la désignation d'un responsable, elles veulent avoir la connaissance de la personne ayant causé leur préjudice et souhaitent que la responsabilité de celle-ci soit reconnue. « Payer » pour avoir causé un préjudice ne passe pas uniquement par une contribution financière, cela passe également par l'idée symbolique que le responsable est reconnu comme tel et paye sa dette morale en subissant des conséquences plus personnelles. Par exemple une atteinte à sa réputation, à son droit d'exercer, ou simplement une remise en question de ses pratiques. Une victime indemnisée par un établissement de santé n'a pas la sensation que son dommage a été réparé puisque l'auteur direct n'en a subi aucune conséquence. Par ailleurs, la reconnaissance de la responsabilité personnelle du médecin permet aux patients d'être reconnus comme des victimes de celui-ci.

II- Une responsabilisation des médecins permis par le mécanisme de la responsabilité in solidum

Il y a un réel partage de responsabilité possible entre l'établissement de santé et le médecin sur le plan civil. En effet, si l'établissement de santé indemnise la victime pour les dommages commis par un de ses médecins, il peut engager une action récursoire contre celui-ci afin de récupérer un montant correspondant à sa part de responsabilité réelle dans le préjudice réparé financièrement. Mais c'est en pratique très peu fait[30].

Par ailleurs, dans un avis contentieux du CE du 20 janvier 2023[31], les juges ont consacré l'obligation de réparation in solidum entre une personne publique et une personne privée lorsque celles-ci ont, en agissant de façon indépendante, concouru à la survenance du dommage. Cela peut apparaître à première vue comme une avancée, d'une part dans l'efficacité de l'indemnisation puisque tous les responsables peuvent être conduits à participer à la réparation du préjudice auquel ils ont participé. D'autre part dans la responsabilisation des professionnels de santé, puisqu'initialement et depuis un arrêt du CE du 2 juillet 2010 Madranges[32], il avait uniquement été admis que la victime d'un dommage lié à une activité médicale pouvait engager simultanément la responsabilité des co auteurs de son dommage si ceux-ci étaient des personnes publiques. Ainsi, il n'était possible de mobiliser la responsabilité que d'établissements publics

[30] Conseil d'État, 5ème - 6ème chambres réunies, 6 octobre 2022 ; Centre Hospitalier de Vichy, n°446764.
[31] Conseil d'État, 5ème - 6ème chambres réunies, 20 janvier 2023, n°468190, mentionné aux tables du recueil Lebon.
[32] Conseil d'État, 5ème - 4ème SSR, 2 juillet 2010, Madranges, n°323890, publié au recueil Lebon.

de santé ayant pris successivement en charge la victime. Désormais, celle-ci peut demander réparation au médecin exerçant à titre libéral à l'hôpital de la part qui lui est imputable. Dans le cas des médecins exerçant à l'hôpital à titre libéral, l'engagement de la responsabilité dépend de la cause du préjudice : c'est lorsque le préjudice est lié pour partie à l'activité libérale du médecin, et pour partie à l'exercice du service public hospitalier, qu'un cumul des responsabilités est possible. La victime peut donc agir contre le médecin personnellement, et contre l'hôpital public, ils devront alors l'indemniser à hauteur de leur part de responsabilité. Toutefois, l'apport de l'avis du CE du 20 janvier 2023 est à nuancer. En effet, si la victime choisit d'agir en responsabilité uniquement contre l'hôpital public, celui-ci ne peut pas s'exonérer d'une partie de sa responsabilité en arguant qu'un médecin libéral ayant agi de façon indépendante aurait commis une autre faute, elle aussi à l'origine du dommage subi par la victime. En effet, le Conseil d'État retient que « lorsqu'un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime peut rechercher devant le juge administratif la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l'une de ces personnes à réparer l'intégralité de son préjudice. L'un des coauteurs ne peut alors s'exonérer, même partiellement, de sa responsabilité en invoquant l'existence de fautes commises par l'autre coauteur. ». Même si le CE rappelle qu'il « incombe à la personne publique, si elle l'estime utile, de former une action récursoire à l'encontre du coauteur personne privée devant le juge compétent, afin qu'il soit statué sur ce partage de responsabilité. », cette garantie n'est que très rarement utilisée. L'avis du CE peut donc être vu comme un moyen de compenser ce refus d'action récursoire, mais il est limité par la volonté de la victime : il n'y aura responsabilité in solidum et réparation par le médecin de ses fautes que si celle-ci choisit d'intenter une action à la fois contre l'établissement public de santé et le médecin libéral. À défaut, la personne visée n'aura aucun recours contre le co auteur du préjudice. Or, les établissements de santé étant plus solvables, les victimes agissent majoritairement contre eux, par conséquent, les médecin qui ont commis des fautes graves ou qui ont des comportements dangereux restent déchargés de toute responsabilité.

De plus, ce type d'action ne va permettre d'engager la responsabilité in solidum que d'un hôpital public et d'un médecin y intervenant à titre libéral. En effet pour les cumuls de fautes entre l'hôpital et ses agents, le droit commun reste l'action récursoire de l'hôpital contre son médecin hospitalier. Dans tous les cas, au vue de la pratique des actions récursoires dans le

contentieux médical, les praticiens hospitaliers restent en quelques sorte intouchables[33]. Il n'existe qu'une seule hypothèse permettant un cumul de responsabilités civiles entre l'établissement de santé public et un de ses agents. Ce cumul trouve sa source non pas dans plusieurs fautes, comme dans le cumul des responsabilités de l'hôpital et du médecin libéral, mais dans une seule faute. Il faut caractériser une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service[34]. Une telle faute est difficile à caractériser s'agissant d'une faute technique, mais le juge administratif l'a retenu pour des faits de viol commis par un agent public de l'établissement dans un arrêt de la CAA de Paris du 4 février 1993[35]. La cour a en effet affirmé que « le viol d'une patiente par un aide-soignant, qualifié de faute personnelle, a été commis à l'occasion de l'accomplissement du service public confié à cet agent et engage la responsabilité de l'établissement sans qu'il y ait lieu de rechercher si une faute a été commise dans l'organisation du service. ». Il est alors possible pour l'établissement de former une action récursoire contre l'auteur de la faute, c'est justifié par la gravité morale et éthique de la faute, qui engage par ailleurs la responsabilité personnelle de son auteur sur le plan pénal. Cette hypothèse est à distinguer de celle du cumul de fautes de l'établissement et de son agent, comme cela a été jugé dans un arrêt de la CAA de Nancy du 30 juin 1994 [36]. La cour a ici retenu que le fait que le comportement du médecin chef de service puisse être qualifié de faute personnelle détachable du service ne faisait pas obstacle à ce que la juridiction administrative reconnaisse la responsabilité de l'établissement hospitalier « à raison, tant des fautes dans l'organisation et le fonctionnement du service, que, le cas échéant, des fautes médicales accomplies dans l'exécution du service ou non dépourvues de tout lien avec le service »[37]. La pluralité de fautes commises dans la prise en charge d'un patient n'a donc aucune incidence sur la responsabilité de l'établissement de santé qui peut être conduit à indemniser la totalité du préjudice seul. Ainsi, les juges font application de la théorie de l'équivalence des conditions, selon laquelle tous les faits ayant concouru à la survenance du dommage peuvent être retenu comme fait générateur et engager la responsabilité de leur auteur.

La même solution a été retenue par le CE dans un arrêt du 10 octobre 2023[38], les juges ont considéré que le dommage subit par un enfant atteint d'une méningite tardivement

[33] MUSCAT, Hélène. Obligation in solidum entre co auteurs publics et privés. Chronique - Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. Décisions d'octobre 2022 à mars 2023. La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 34, 28 août 2023, 2247. Lexis 360.
[34] Conseil d'État, 26 juillet 1918, Époux Lemonier, n°49595 55240, publié au recueil Lebon.
[35] Cour administrative d'appel de Paris, 1e chambre, 4 février 1993, 92PA00084, inédit au recueil Lebon.
[36] Cour administrative d'appel de Nancy, 2e chambre, 30 juin 1994, 93NC00697, inédit au recueil Lebon.
[37] MOQUET-ANGER, Marie-Laure. op. cit. p.515.
[38] Conseil d'État, 5ème chambre, 10 octobre 2023, n°461535, inédit au recueil Lebon.

diagnostiquée, provoqué par la faute du médecin régulateur du SAMU d'un CH n'ayant pas directement orienté l'enfant vers les urgences, et par la faute du médecin libéral ayant posé un diagnostic fautif, permettait d'engager l'entière responsabilité du CH. Pour retenir cette solution les juges ont considéré que « la faute commise par le médecin régulateur du SAMU en n'orientant pas immédiatement l'enfant vers les urgences pédiatriques portait en elle, tout comme le diagnostic erroné posé trente minutes plus tard par le médecin libéral de la maison de garde, la totalité des conséquences dommageables du retard de diagnostic et de traitement de la méningite. ». Ici la théorie de l'équivalence des conditions est de nouveau appliquée dans l'objectif de permettre un engagement de la responsabilité du CH via une action récursoire du médecin libéral, médecin contre lequel les victimes avaient initialement formé leur action. Dans cette situation, le médecin libéral exercera vraisemblablement une action récursoire contre le CH auteur de la deuxième faute. Cela n'aurait probablement pas été le cas si les victimes avaient commencé par intenter une action contre l'établissement de santé. Par conséquent, les hypothèses de cumul de responsabilités civiles, ainsi que celles de cumul de fautes conduisent au même résultat : l'indemnisation par l'établissement de santé de la totalité du préjudice, ou au moins de sa part dans sa réalisation dans le cas où la victime aurait commencé par exercer une action contre le médecin personnellement. Elles n'apparaissent donc pas comme des solutions permettant de compenser le refus des établissements de santé de recourir aux actions récursoires, ou permettant de mobiliser la responsabilité des médecins. Néanmoins, cela reste très protecteur des patients qui bénéficient ainsi de garanties en matière d'indemnisation.

En conclusion, un mouvement de déclin de la responsabilité propre des médecins est nettement observable depuis une vingtaine d'années. En effet, l'établissement public de santé porte la responsabilité dans près de 91% des cas[39]. Cela fait suite à une tendance de facilitation de l'indemnisation des victimes, initiée par l'abandon de la notion de faute lourde et concrétisée par la consécration de la faute de service comme faute de droit commun. Toutefois, cela a pour conséquences une mise sous couvert des comportements dangereux, une difficulté de reconnaissance symbolique des victimes et une lourde charge pour les hôpitaux. Malgré l'existence de garanties sensées responsabiliser les médecins et rétablir l'équité, telles que les actions récursoires et les mécanismes de responsabilité in solidum, les juges rechignent toujours à mettre en danger les médecins. Cela s'explique par un soucis de protéger l'exercice médical, marqué par un accroissement de sa dangerosité, et par le développement des droits des patients.

[39] Rapport d'activité 2015 de l'Observatoire des Risques Médicaux. ONIAM.

Chapitre 2 : L'enjeu fondamental de la réparation des dommages des victimes en raison de leur particulière gravité

La responsabilité des médecins et des hôpitaux est de plus en plus souvent mise en cause en raison de l'affirmation d'un droit à la protection de la santé et à la sécurité sanitaire, la diffusion généralisée des connaissances médicales, la dégradation du climat de confiance qui entourait auparavant l'acte médical, l'extension de l'assurance responsabilité civile des professionnels de santé et l'augmentation des risques liés à l'activité médicale. C'est pourquoi il est important d'étudier l'inflation du contentieux médical et de quelle façon celle-ci est liée au développement des droits des patients et à l'accroissement de la dangerosité des actes médicaux (Section 1). Mais, l'obligation du service public hospitalier de garantir l'accès aux soins, traditionnellement réservé aux établissements publics de santé, est aujourd'hui également exercé par des cliniques privées, il faut donc s'intéresser au rapprochement des régimes de responsabilité des médecins exerçant dans en établissement public et privé impliqué par cette évolution (Section 2).

Section 1 : Un contentieux généré par le développement des droits des patients et un accroissement de la dangerosité des actes médicaux

Dans un premier temps, il convient d'étudier comment l'accroissement de la dangerosité des actes médicaux a entraîné une augmentation des dommages (I). Dans un second temps, c'est l'aspect relatif au développement des droits des malades qui sera abordé, il faudra se questionner sur les implications de la recherche d'équilibre dans la relation patient-médecin en matière de contentieux médical (II).

I- Un accroissement significatif de la dangerosité des actes médicaux impliquant une augmentation des dommages

L'activité médicale est en constante évolution dans le sens d'une amélioration des techniques et des résultats afin de favoriser l'accès aux soins et la bonne santé de la population. Cela s'explique par un progrès technique important en la matière, en effet l'investissement dans la recherche médicale est une priorité en raison de ses apports dans tous les domaines d'activité et dans tous les aspects de la vie en société. Il s'agit d'améliorer l'état de santé de la population pour lui permettre de mieux vivre, mais aussi pour favoriser l'économie et le développement

sociétal des différents groupes. Cependant, ce progrès ouvre également la porte à des pratiques requérant plus de compétences, de minutie et de concentration, il suppose parallèlement un progrès des médecins dans leur exercice. La médecine devient de plus en plus dangereuse : les nouvelles techniques médicamenteuses et instrumentales comportent des risques d'accidents et leur mise en œuvre complexe défie la diligence normalement exigible des professionnels de santé. Cela entraîne donc un accroissement de la dangerosité des actes médicaux, qui deviennent plus difficiles à exécuter et comprennent une plus grande part d'aléa. Les médecins exécutant ces actes sont ainsi confrontés à un plus grand risque d'engagement de leur responsabilité, leur activité étant plus difficile et donc plus susceptible de générer des dommages. Les chiffres de la MACSF relatifs au nombre de sinistres liés à l'activité médicale illustrent cela : 1118 sinistres ont été déclarés en 1980, contre 3262 en 2020. Cette augmentation s'explique en partie par l'augmentation des actes médicaux.

Les juges sont conscients de la particularité de l'activité médicale et des risques importants de dommages induits par sa dangerosité, ils examinent donc au cas par cas les situations afin d'éviter aux hôpitaux ou aux professionnels de santé de voir leur responsabilité civile systématiquement engagée en cas d'atteinte à l'intégrité physique des malades dans le cadre de l'activité médicale. Même si, comme précédemment mentionné, les juges n'exigent plus la démonstration d'une faute lourde afin de permettre l'engagement de la responsabilité des établissements ou médecins pour un acte médical, ils restent vigilants et n'ont, dans les faits, pas élargit leur appréciation. En effet, d'après René Chapus, « la réalité d'une faute médicale ne peut être reconnue, étant donné les difficultés de l'art médical que si la faute est bien caractérisée »[40]. Au regard des circonstances de l'espèce, les juges examinent attentivement l'acte, ses conditions de réalisation, sa technicité, l'état de santé du malade… pour déterminer si une faute a été commise, et dans les faits, ils ne retiennent que très rarement son existence. Par exemple, l'échec d'une opération n'est pas en lui-même une faute[41]. Les juges n'acceptent de qualifier une faute dans la réalisation d'un acte médical qu'en cas de manquement aux règles habituelles de l'art, de méconnaissance des données acquises de la science ou de maladresse dans la conduite d'une opération courante. Par ailleurs, les juges appliquent ce même raisonnement aux erreurs relevant des obligations des médecins, même non issues de l'activité médicale proprement dite. A titre d'illustration, il faut mentionner l'arrêt du CE du 29

[40] CHAPUS René. Droit administratif général. 14e édition. Montchrestien. 2000.
[41] Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, 29 décembre 1997, M.K, n°158938, inédit au recueil Lebon.

septembre 2021[42], dans lequel n'est pas retenu le caractère fautif du défaut de surveillance d'un patient, même si celui-ci a causé un dommage à un malade. En effet, la difficulté de l'exercice de la médecine psychiatrique dans son ensemble est prise en compte, il s'agit de retenir l'existence d'une faute ou non en tenant compte de l'aléa et de la difficulté caractérisant l'activité médicale en établissement de santé mentale[43]. Cet exemple illustre l'attention portée par les juges aux problématiques inhérentes à différents aspects de l'exercice de la médecine, ici spécialement de la médecine psychiatrique.

Cet accroissement de la dangerosité des actes médicaux et ses potentielles conséquences sur la responsabilité des professionnels et des établissement de santé a conduit à des évolutions juridiques afin d'adapter les régimes d'indemnisation et de caractérisation des fautes aux nouvelles contraintes de l'activité médicale. D'une part, les médecins ne sont tenus qu'à une obligation de moyens dans l'exercice de leur activité. C'est l'arrêt de la cour de cassation du 20 mai 1936 Mercier qui a posé l'obligation pour le médecin de délivrer à son patient des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science, le rendant ainsi débiteur d'une obligation de moyens à l'égard du patient. Une obligation de moyen est « une obligation en vertu de laquelle le débiteur n'est pas tenu à un résultat précis. Ainsi le médecin s'engage seulement à tout mettre en œuvre pour obtenir la guérison du malade sans garantir cette dernière. Le créancier d'une telle obligation ne peut mettre en jeu la responsabilité de son débiteur que s'il prouve que ce dernier a commis une faute, n'a pas utilisé tous les moyens promis ». L'obligation de résultat en revanche se définit comme « une obligation en vertu de laquelle le débiteur s'engage à atteindre un résultat déterminé. [..] L'existence d'une telle obligation permet au créancier de mettre en jeu la responsabilité de son débiteur par la simple constatation que le résultat promis n'a été atteint, sans avoir à prouver une faute »[44]. Ainsi, les médecins tenus à une obligation de moyen ne peuvent pas voir leur responsabilité engagée en cas d'échec de leur intervention ou de leur traitement. Dans une décision du 20 décembre 2019[45] la CAA de Paris a, suivant cette idée, retenu qu'une erreur de diagnostic était non fautive dès lors que les médecins avaient bien rempli leur obligation de moyens pour déterminer la nature des troubles du patient. Cela permet de prendre en compte l'aléa et le pourcentage d'échec

[42] Conseil d'État, 5ème - 6ème chambres réunies, 29 septembre 2021, Établissement public de santé mentale de Lille-métropole, n°432627, mentionné aux tables du recueil Lebon.
[43] MUSCAT, Hélène. 2- Responsabilité pour faute A) Appréciation du caractère fautif. Responsabilité médicale - Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. - Décisions d'avril 2021 à septembre 2021. La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 4, 31 janvier 2022, 2033. Lexis 360.
[44] Lexique des termes juridiques. 31e édition. Lefebvre Dalloz. 2023-2024.
[45] Cour administrative d'appel de Paris, 3ème chambre, 20 décembre 2019, n°18PA01101, inédit au recueil Lebon.

inhérent à toute activité médicale. D'autre part, comme exposé tout au long du chapitre 1, le juge retient plus facilement la faute de service que la faute personnelle pour entraîner une indemnisation par l'établissement de santé. Cette tendance est justifiée par la nécessité de protéger l'exercice professionnel des médecins, particulièrement à risque. Ceux-ci ne doivent pas voir leur responsabilité trop facilement engagée au risque de nuire à leur profession et l'indépendance dans l'exercice de leur art, de provoquer une auto limitation de leurs activités, ou encore un allongement des traitements et hospitalisations.

Malgré cette dangerosité et cet aléa des actes médicaux, il y a dans certains domaines une facilitation de la reconnaissance des fautes des médecins. C'est par exemple le cas en matière d'erreur technique, alors que celle-ci est normalement peu génératrice de responsabilité pour le médecin. Pour autant, dans le domaine chirurgical les juges considèrent depuis quelques années que « l'atteinte portée par un chirurgien, en accomplissant son geste chirurgical, à un organe ou un tissu que son intervention n'impliquait pas, est fautive, en l'absence de preuve par celui-ci d'une anomalie rendant l'atteinte inévitable ou de la survenance d'un risque inhérent à cette intervention qui, ne pouvant être maîtrisé, relève de l'aléa thérapeutique ». Donc si la victime parvient à prouver qu'il y a eu une atteinte à un organe ou un tissu que l'intervention n'impliquait pas, la faute du praticien est présumée. Dans un arrêt de la cour de cassation du 25 mai 2023[46] les juges vont même plus loin et reconnaissent une faute technique grâce à un mécanisme fondé sur l'incertitude médicale. La preuve est extrêmement assouplie, ce qui pourrait conduire à l'avenir à des dérives, à la reconnaissance excessive de fautes et à une mise en danger des praticiens dont la responsabilité pourrait être trop facilement engagée. Cependant, ici la solution est opportune en ce qu'elle permet l'indemnisation de la victime, et ne fait peser celle-ci ni sur le praticien ni sur l'établissement de santé, mais sur la solidarité nationale car la cause de l'aléa est finalement retenue[47]. Ainsi, même si certaines évolutions semblent défavorables aux médecins et inadaptées à la difficulté de l'activité médicale, elles se trouvent justifiées par un mouvement parallèle : un développement de la responsabilité sans faute des établissements de santé et de l'indemnisation par la solidarité nationale pour prendre en compte le risque médical et l'aléa thérapeutique. En effet, depuis la loi Kouchner de 2002, les hôpitaux ne sont plus tenus à l'indemnisation des victimes d'aléas thérapeutiques. Cette évolution vient

[46] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 25 mai 2023, n°22-16.848, publié au bulletin.
[47] BLOCH, Laurent. Responsabilité médicale - Faute dans la réalisation d'un geste : la preuve encore assouplie - Responsabilité civile et assurances n° 9, Septembre 2023, commentaire 206. Lexis 360.

mettre un terme à la jurisprudence issue de l'arrêt du CE du 9 avril 1993 Bianchi[48], qui imposait aux établissements de santé d'indemniser les victimes d'aléas thérapeutiques si certaines conditions étaient remplies, ce qui devenait très lourd pour ceux-ci en raison de l'accroissement des dommages subis par des malades en l'absence de fautes.

Enfin, de nouveaux outils non juridiques ne mobilisant pas les régimes d'indemnisation et de responsabilité des médecins et établissements de santé ont été développés afin de pallier à l'accroissement du risque médical. Il faut mentionner par exemple les revues d'analyse des accidents médicaux telles que les Revues de Mortalité Morbidité, qui visent à « faciliter l'analyse des incidents pour mieux les comprendre, en rechercher les causes et éviter leur réitération »[49]. Il y a également des incitations et un encadrement renforcé des déclarations d'évènements indésirables graves et une implication grandissante des établissements dans les procédures de certification. Ces éléments permettent une sécurisation de l'activité médicale plus axée sur la compréhension et la prise en compte des risques.

II- Un développement des droits des malades imposé par la recherche d'équilibre dans la relation patient-médecin

Les crises sanitaires successives depuis 30 ans ont affecté la confiance des usagers dans le système de santé et des malades dans leurs médecins. Un paternalisme médical fort irriguait la relation patients-médecins jusqu'au scandale du sang contaminé : les médecins étaient considérés comme détenteur d'un savoir particulier, conditionnant la bonne santé de la population. Ils avaient un pouvoir et une influence sur les patients qui ne disposaient que d'une faible part dans la prise de décisions concernant leur santé. Cette situation trouvait sa source dans l'asymétrie qui caractérisait cette relation : une asymétrie d'information puisque le médecin était seul sachant de la nature de l'affection du malade et disposait des connaissances nécessaires à son traitement ; et une asymétrie de pouvoir, puisque le médecin pouvait influencer les décisions du malade en situation de vulnérabilité, voire les prendre à sa place dans certains cas. La révolution culturelle, marquée par les évènements de mai 1968, la loi de 1967 légalisant l'utilisation de la pilule[50] et la loi de 1975 relative à l'interruption volontaire de

[48] Conseil d'Etat, Assemblée, 9 avril 1993, Bianchi, n°69336, publié au recueil Lebon.
[49] CHEVALIER, Pierre. Les revues d'analyse des accidents médicaux : quelles incidences sur la responsabilité médicale des médecins et soignants ? RDSS, 14 novembre 2008. Page 1080. Dalloz.fr.
[50] Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, JORF du 29 décembre 1967.

la grossesse[51], a provoqué chez la population un désir de maîtrise de son corps et de liberté de ses choix. Le scandale du sang contaminé en 1991 a instauré une méfiance des patients vis-à-vis des hôpitaux et des médecins. Ce qui a conduit à une modification substantielle de la nature des relations médicales et de l'appréciation des droits des malades[52].

Par conséquent, il y a eu un développement des droits des malades en raison d'une prise de conscience de la population de l'importance de sa santé et des risques qui peuvent survenir ; d'une démocratisation de la science et de la médecine ; d'une volonté sociétale de développement des droits des malades ; et de progrès thérapeutiques importants. La jurisprudence va commencer à apporter des réponses à ces besoins à la fin des années 1990 : tout d'abord, dans un arrêt du 25 février 1997 Hedreul contre Cousin[53], la cour de cassation renverse la charge de la preuve de l'obligation d'information du médecin, la faisant désormais peser sur son débiteur et plus sur la victime. Ensuite, dans des arrêts du 29 juin 1999, la cour de cassation mentionne l'existence d'une obligation de sécurité pour l'établissement de santé en matière d'infections nosocomiales[54]. C'est finalement la loi Kouchner de 2002 qui va consacrer et définir des droits des malades, créer un cadre juridique les protégeant et réformer le régime de responsabilité médicale. Toutefois, cette volonté d'associer le patient à la prise en charge de sa santé est à double tranchant, désormais il demande à la médecine de lui rendre des comptes et souhaite ne plus être tenu dans l'ignorance. Or, il n'est pas toujours possible de répondre à ces requêtes, les patients peuvent alors réagir par une saisine trop systématique des juridictions. En effet, le nombre de décisions des juridictions civiles est en hausse de 4% en 2022 par rapport à 2021, alors même que le taux de sinistralité a baissé, il était de 0,83% chez les médecins généralistes en 2022, contre 0,76% en 2021, ce qui suppose que les patients agissent davantage en justice contre leurs médecins qu'auparavant. S'observe par ailleurs une particulière sévérité des magistrats vis-à-vis des professionnels de santé : le taux de condamnation civile a augmenté de 5 points entre 2021 et 2022, les juges ont ainsi condamné les médecins dans 72% des cas en 2022, contre 67% en 2021[55].

Ce développement des droits des patients a également été rendu nécéssaire par l'accroissement des dommages et l'aggravation de leurs conséquences, comme évoqué dans la première partie de cette section. En effet, les préjudices causés par l'activité médicale peuvent

[51] Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975.
[52] Haut Conseil de la Santé Publique. Droit des malades et amélioration des soins. Tribunes. ADSP n°36. Septembre 2001.
[53] Cour de Cassation, Chambre civile 1, 25 février 1997, Hedreul contre Cousin, n°94-19.685, publié au bulletin.
[54] Haut Conseil de la Santé Publique. Droit des malades, information et responsabilité. ADSP n°36. 2001.
[55] MACSF. La sinistralité des professionnels de santé : les chiffres clés 2022. 26 septembre 2023.

être particulièrement graves pour les victimes. Les actes médicaux sont nécessairement constitutifs d'atteintes à l'intégrité physique des patients puisque les chirurgiens n'ont d'autre choix que de procéder à des opérations sur le corps humain pour soigner. Si une telle atteinte est en principe lourdement condamnée, elle est ici autorisée par la loi et justifiée par le consentement du patient. Cependant, une telle pratique suppose des risques qui sont particulièrement graves lorsqu'ils se réalisent. Physiquement, la personne peut subir une atteinte à son intégrité physique ou psychique, une incapacité de travail temporaire ou permanente, des troubles graves dans ses conditions d'existence, une incapacité à exercer sa profession antérieure… voire un décès. Les préjudices corporels sont souvent très importants, le montant global des indemnisations allouées aux victimes dépasse 50 millions d'euros par ans[56]. Par ailleurs, les préjudices moraux peuvent également être conséquents : tout d'abord il faut mentionner les préjudices moraux associés à une atteinte physique, puis les préjudices moraux causés par l'atteinte au respect de la personne. Il est donc fondamental de permettre aux victimes d'obtenir une indemnisation de leurs préjudices, afin de ne pas y ajouter un dommage symbolique supplémentaire, ainsi qu'une mise en difficulté financière[57].

C'est pourquoi les juges recourent à des mécanismes juridiques permettant de faciliter l'indemnisation des victimes via notamment les qualifications des fautes, les régimes probatoires, les régimes de responsabilité sans faute et les présomptions. La difficulté dans le règlement des litiges médicaux est de parvenir à indemniser la victime, à être juste et conscient du dommage qu'elle a subi, tout en préservant le médecin et son indépendance afin de prendre en considération les difficultés inhérentes à son activité. Il ne s'agit pas de permettre aux victimes d'obtenir réparation de tout acte médical n'ayant pas produit les effets qu'elle attendait, ou de tout aléa survenu au cours d'une prise en charge médicale. Mais la protection de la santé et l'accès aux soins étant désormais considérés comme des droits pour les patients et des devoirs pour les professionnels de santé, il est difficile d'accepter qu'une personne subisse un dommage, quelle que soit sa nature et son intensité, du fait de l'activité médicale. Les juges s'emploient donc à protéger les malades et leurs droits au travers de l'indemnisation.

Premièrement, les juges utilisent la notion de faute afin de faciliter l'indemnisation des victimes. Tout d'abord, les juges préfèrent retenir l'existence d'une faute de service plutôt que celle d'une faute personnelle. Cela s'explique par plusieurs éléments : il y avait initialement une raison probatoire, les fautes personnelles des médecins étant liées à des actes médicaux,

[56] MACSF. Rapport sur les risques des professionnels de santé. 7 octobre 2019.
[57] Risque médical : les hôpitaux toujours plus condamnés, Les Échos, 4 oct. 2017, no 22543, p. 30.

leur preuve était plus difficile à apporter. Dans l'arrêt du CE du 8 novembre 1935, une distinction a été faite entre le régime probatoire des fautes causées par des actes de soins ou par l'organisation du service et des fautes causées par des actes médicaux. Les premières ne nécessitaient que la preuve d'une faute simple tandis que les secondes nécessitaient la preuve d'une faute lourde, ce qui était très difficile à apporter. Par conséquent, les juges préféraient qualifier des fautes dans l'organisation du service afin de faciliter la preuve. Aujourd'hui cette distinction n'existe plus et pourtant le déclin de la faute personnelle se poursuit. Cela s'explique notamment par l'indemnisation : dans les hôpitaux publics et privés, les médecins agents publics ou salariés qui n'exercent aucune activité libérale n'ont pas d'obligation d'assurance, ce sont les établissements qui sont assurées. Ceux-ci sont donc nécessairement solvables, au contraire de leurs professionnels de santé, ainsi les victimes agissant contre les hôpitaux ont plus de chance de voir leur dommage réparé. Ensuite, il y a une grande latitude dans l'appréciation par les juges de l'existence de fautes. En effet, dans un arrêt du 25 mai 2023[58], la cour de cassation a reconnu une faute technique grâce à un mécanisme fondé sur l'incertitude médicale afin de faciliter l'indemnisation de la victime, alors que traditionnellement ce type d'erreur n'est pas constitutive d'une faute en raison de sa fréquence et de l'aléa thérapeutique. Ici la solution est opportune car l'indemnisation repose finalement sur l'ONIAM[59].

Deuxièmement, les juges développent le recours aux mécanismes de présomption de faute et de lien de causalité, de responsabilité sans faute et d'indemnisation par la solidarité nationale. Il apparaît en effet nécéssaire qu'une évolution favorable aux droits des malades s'accompagne d'un développement de l'indemnisation par la solidarité nationale, afin de ne pas faire porter aux professionnels et établissements de santé la charge de celle-ci[60]. Ainsi, l'indemnisation des infections nosocomiales a suivi cette évolution : tout d'abord, le Conseil d'État a créé un régime de présomption de faute des établissements de santé en cas de contamination intra hospitalière, en renversant la charge de la preuve et en ne permettant aux hôpitaux de s'exonérer de leur responsabilité qu'en prouvant qu'ils n'avaient pas commis de faute[61]. La cour de cassation suivra le même raisonnement quelques années plus tard à l'occasion de trois arrêts de juin 1999[62]. Par la suite, le législateur s'est emparé du sujet grâce à la loi Kouchner du 3 mars de

[58] Cour de Cassation, Chambre civile 1, 25 mai 2023, n° 22-16.848.
[59] BLOCH, Laurent. Responsabilité médicale - Faute dans la réalisation d'un geste : la preuve encore assouplie - Responsabilité civile et assurances n° 9, Septembre 2023, commentaire 206. Lexis 360.
[60] HOCQUET-BERG, Sophie. Risque médical - La solidarité au secours de la responsabilité : les principaux apports de la loi About. Responsabilité civile et assurances n° 4, Avril 2023, dossier 19. Lexis 360.
[61] Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, 9 décembre 1988, Cohen, n°65087, publié au recueil Lebon.
[62] Cour de Cassation, Chambre civile 1, 29 juin 1999, n°97-15.818 ; n° 97-14.254 ; n°97-21.903, publiés au recueil Lebon

2002, par laquelle il a institué un régime qu'il est possible d'apparenter à une responsabilité de plein droit des établissements de santé en cas d'infection nosocomiale, ceux-ci ne peuvent en effet s'exonérer de leur responsabilité qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère. Ce faisant, c'est une obligation de résultat qu'il fait peser sur les hôpitaux, ce qui s'oppose à l'obligation de moyens, qui est traditionnellement la règle en la matière. C'est une nouvelle charge pour les acteurs de santé, mais, conscient de cela, le législateur a également introduit dans la loi About du 30 décembre 2002[63] relative à la responsabilité civile médicale une possibilité d'indemnisation par la solidarité nationale si le préjudice découlant de l'infection nosocomiale remplit certaines conditions de gravité. De même, des régimes de responsabilité sans faute ont été progressivement créés ces dernières années[64]. Il faut mentionner par exemples les vaccinations obligatoires, dont les dommages sont systématiquement indemnisés par la solidarité nationale depuis une loi de 1964[65], comme indiqué à l'article L3111-9 du CSP ; ou encore l'aléa thérapeutique, également supporté par l'ONIAM depuis les lois de 2002, comme l'indique l'article L1142-1 du CSP. Par ailleurs comme déjà évoqué, de façon générale les juges adaptent le régime probatoire afin de le rendre le plus favorable possible aux victimes.

Toutefois, l'enjeu de réparation impérative des dommages entraîne en quelques sortes une mise à l'écart de la responsabilité. En effet la « responsabilité » renvoie à l'obligation pour une personne de répondre de ses actes, or par soucis d'indemniser le plus facilement possible, on fait peser la réparation du dommage sur une personne autre que celle dont l'activité en est à l'origine. Ainsi, comme affirmé par Jean-Marie Pontier, « il est quasiment admis à la fois par les citoyens et par les pouvoirs publics qu'un dommage de santé doit être réparé, la question de la responsabilité n'étant pas occultée, mais venant après »[66].

Section 2 : Un rapprochement progressif des régimes de responsabilité civile des médecins agents publics et des médecins salariés

Depuis plusieurs années, l'activité médicale privée détient une part significative de l'offre de soins, or son régime étant différent, des inégalités de traitements ont pu se révéler entre les

[63] Loi About du 30 décembre 2002 n°2002-1577 relative à la responsabilité civile médicale, JORF du 31 décembre 2002.
[64] GROSSHOLZ, Caroline. Hôpitaux : régimes de responsabilité et de solidarité. Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz. Février 2018. Dalloz.fr.
[65] Loi du 1er juillet 1964 n°64-643 relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et la répression des infractions à certaines dispositions du code de la Santé publique, JORF du 2 juillet 1964.
[66] PONTIER, Jean-Marie. Dépakine : un nouveau fonds, AJDA 2016. p.2065.

usagers des établissements publics et la clientèle des cliniques privées. Il convient donc tout d'abord d'observer comment l'application du régime de responsabilité du commettant du fait du préposé aux cliniques privées et leurs médecins a permis d'améliorer cette situation (I). Par la suite, il faudra se pencher sur les différences qui subsistent et leurs conséquences, qui se trouvent dans certains cas justifiées par les particularités de l'activité publique (II).

I- Le recours au régime de responsabilité du commettants du fait de leurs préposés permettant une équité entre usagers des établissements publics et privés

Si aujourd'hui, l'hôpital est pensé comme un établissement public chargé d'une mission de service public hospitalier, ce n'est historiquement pas dans le secteur public que l'activité médicale en établissement collectif trouve sa source. Initialement, la santé était imprégnée d'un très fort aspect religieux, et les établissements de santé étaient gérés par des congrégations religieuses sous une forme privée. Parallèlement, des établissements publics vont apparaître. Au 19ème siècle, la gestion de ces établissements est confiée aux collectivités locales, mais c'est réellement dans les années 1940 avec la création de la sécurité sociale par une ordonnance du 4 octobre[67] et la seconde guerre mondiale que la gestion publique va se renforcer[68]. C'est la loi du 21 décembre 1941[69], suivie du décret d'application du 17 avril 1943[70] qui va créer la notion de service médical dans les hospices publics. Après cela, des réformes successives vont venir définir et encadrer l'exercice hospitalier public : l'ordonnance Debré du 30 décembre 1958[71] crée les CHU, la loi Boulin du 31 décembre 1970[72] crée le service public hospitalier… Parallèlement, les cliniques privées continuent de se développer et se distinguent des établissements publics par des activités spécifiques plus coûteuses et par la présence de médecins aux honoraires élevé. En effet, celles-ci ne sont pas encadrées par des règles relatives aux montants des honoraires et des opérations et sont financées par l'assurance maladie qui permet à des patients plus fortunés de se tourner vers l'activité privée. Ce faisant, une concurrence se crée entre le secteur public et le secteur privé et un écrémage du public accueilli

[67] Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, JORF n°0235 du 6 octobre 1945.
[68] GENTILI Marc. Éléments pour une histoire de l'hôpital. Hegel 2017/2 n°2. Cairn.info.
[69] Loi du 21 décembre 1941 réorganisation des hôpitaux et des hospices civils, JORF du 30 décembre 1941.
[70] Décret n°43-891 du 17 avril 1943 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices publics.
[71] Ordonnance n° 58-1373 du 30 décembre 1958, relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, JORF n°0307 du 31 décembre 1958.
[72] Loi Boulin du 31 décembre 1970 n°70-1318 portant réforme hospitalière, JORF du 3 janvier 1971.

s'organise dans les cliniques privée. C'est la création du service public hospitalier en 1970 qui tente de remédier à cela : les établissements publics l'exercent de plein droit, tandis que les établissements privés à but lucratif et non lucratif peuvent y participer au moyen de concessions ou d'autorisations administratives. Par la suite, la loi Évin du 31 juillet 1991[73] va créer une notion commune d'établissement de santé afin d'enterrer définitivement les distinctions public-privé. Aujourd'hui, les établissements privés peuvent exercer le service public hospitalier par habilitation de droit s'ils n'ont pas de but lucratif, et par participation à la totalité du service public hospitalier ou seulement à l'aide médicale d'urgence s'ils ont un but lucratif[74].

Au-delà de la différence résidant dans l'exercice du service public hospitalier, les cliniques privées et les hôpitaux publics se distinguent également par la nature de l'exercice de leurs médecins, or celle-ci conditionne entièrement l'application du régime de responsabilité en cas de faute du patricien. Les médecins exerçant dans un établissement public de santé sont des agents publics : ils cumulent donc les obligations liées au fonctionnement du service public hospitalier et les obligations d'un médecin à l'égard de ses patients et de sa profession. Les médecins exerçant en clinique privée peuvent exercer à titre libéral ou en tant que salariés. Les médecins libéraux concluent un contrat avec la clinique, définissant leurs modalités d'exercice. Ils facturent leurs consultations et actes au patient mais leur rémunération est versée sur un compte de l'établissement qui la reverse ensuite aux médecins. Ils payent également une redevance à la clinique pour l'utilisation des locaux, du personnel et du plateau technique de celle-ci. Le patient pris en charge conclut alors un double contrat : un contrat d'hospitalisation avec l'établissement relatif à l'organisation des soins, les prestations hôtelières, le personnel… et un contrat médical avec le médecin libéral l'ayant pris en charge pour les actes médicaux subis. Selon que le dommage trouve son origine dans le contrat d'hospitalisation ou dans le contrat médical, le responsabilité de la clinique ou la responsabilité du médecin sera engagée.

En 2022, 14% des médecins enregistrés auprès du Conseil de l'Ordre exerçaient en tant que salariés[75]. Les médecins salariés sont liés par un contrat de travail à la clinique, il existe donc un lien de subordination avec leur employeur, ils ont un revenu fixe et ne disposent pas de liberté tarifaire. En revanche, ils ne peuvent pas voir leur indépendance professionnelle affectée et restent libres dans l'exercice de leur art[76]. Les malades sont alors dans une situation

[73] Loi Évin du 31 juillet 1991 n°91-748 portant réforme hospitalière, JORF n°179 du 2 août 1991.
[74] Article L6112-3 du Code de la santé publique.
[75] MASCF. Devenir médecin salarié : 10 points clés pour tout comprendre. 20 octobre 2023.
[76] Articles R4127-5 et R4127-95 du Code de la santé publique.

contractuelle de droit privé avec l'établissement, c'est un contrat de soins et hospitalisation complet puisque le personnel et les médecins sont salariés. C'est sous cet aspect qu'un rapprochement des régimes de responsabilité des hôpitaux privés et publics s'observe. Initialement, les professionnels de santé exerçant à titre salarié dans des cliniques privées étaient personnellement responsables des fautes non personnelles commises dans l'exercice de leurs fonctions. Leur traitement était donc différent de celui des médecins agents publics des établissements publics de santé. Cette situation présentait un risque sous de nombreux aspects.

Premièrement, c'était dangereux pour ces professionnels qui pouvaient voir leur responsabilité facilement engagée, et peu incitatif en ce que leur activité médicale en établissement privée était tout aussi risquée qu'en établissement public. Comme déjà évoqué, l'activité médicale est caractérisée par son risque et son aléa, or l'exercice en clinique privée ne fait pas exception et est même sous certains aspects plus risquée. Les patients investissent souvent une somme plus importante lorsqu'ils sont pris en charge dans un établissement privé car certaines prestations, telles que l'hôtellerie ou la restauration, sont payantes. Leur hospitalisation peut ainsi leur sembler plus couteuse qu'en établissement public. De même, la pensée collective associe parfois le secteur privé à un secteur haut de gamme. Cela n'est pas nécessairement le cas puisque des variations en termes de qualité s'observent entre établissements, qu'ils soient publics ou privés, mais cette croyance peut pousser les clients à se montrer moins tolérants en cas d'échec ou de conséquences dommageables, et à agir plus systématiquement en réparation. En effet, la proportion de professionnels mis en cause dans les établissements de santé privés est en constante augmentation, et était de 67% en 2014[77].

Deuxièmement, c'était inéquitable par rapport au régime des praticiens hospitaliers dont les fautes engageaient la responsabilité de l'hôpital public les employant.

Troisièmement, c'était problématique pour les patients de ces médecins salariés : ceux-ci pouvaient avoir de plus grandes difficultés à obtenir réparation des dommages subis à l'occasion d'activités médicales en clinique privée, puisque les médecins n'étaient pas nécessairement solvables ; et subissaient ainsi une différence de traitement avec les usagers des hôpitaux publics. Une première tentative d'alignement des régimes a eu lieu dans un arrêt de la cour de cassation du 25 février 2000[78], qui a retenu que : « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ». Cependant, suite à cet arrêt, le Tribunal des conflits a explicitement exclu

[77] Rapport d'activité 2015 de l'Observatoire des risques médicaux. ONIAM.
[78] Cour de cassation Assemblée plénière, 25 février 2000, Costedoat, n°97-17378 97-20.152, publié au bulletin.

les professions médicales de ce raisonnement[79] au motif que l'indépendance dans l'exercice de leur art faisait obstacle à un tel régime. Ce qui est étonnant lorsqu'on observe le régime de responsabilité hospitalière, faisant peser sur l'administration la responsabilité des fautes de service des médecins agents publics. En effet, les conséquences pratiques sont sensiblement les mêmes. C'est pourquoi, un alignement a été effectué par la loi Kouchner de 2002 et deux arrêts de la cour de cassation du 9 novembre 2004[80]: « 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 ». Ainsi, le médecin salarié n'est pas responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, ce qui le rapproche du médecin agent public d'un hôpital. Par ailleurs, les fautes susceptibles de conduire à un engagement de sa responsabilité personnelle sont proches des fautes dites personnelles permettant d'engager la responsabilité propre du praticien hospitalier : il reste personnellement responsable en cas d'actes causant volontairement un dommage à autrui, de violation du secret professionnel et de non-assistance à personne en danger. Cela s'apparente donc aux fautes personnelles résidant dans des comportements non éthiques ou excessivement graves, susceptibles d'engager la responsabilité civile des médecins agents publics. Toutefois, le fondement juridique est différent puisqu'il repose sur l'application du régime du commettant du fait de ses préposés.

II- La subsistance de différences rendue inévitable par les missions particulières du service public

L'enjeu d'une harmonisation des régimes résidait dans un soucis d'indemnisation égalitaire des victimes dans le secteur public et le secteur privé, et de protection similaire des médecins agents publics et salariés. En effet, les hôpitaux privés, au même titre que les hôpitaux publics, peuvent être amenés à exercer le service public hospitalier, d'autant plus que les médecins salariés sont majoritairement des professionnels exerçant en hôpital privé à but non lucratif. Il ne semblait donc plus nécessaire de distinguer les règles applicables aux individus pris en charge dans le même cadre. Toutefois, des différences subsistent et même si la responsabilité du commettant du fait de son préposé a un résultat proche de la responsabilité de l'employeur public du fait de son agent, ils sont bien distincts et les juges appliquent donc différemment les règles. Les activités publiques et privées restent à dissocier, il faut s'adapter aux particularités de chacune dans le cadre du contentieux en découlant.

[79] Tribunal des conflits, 14 février 2000, n°02929, publié au recueil Lebon.
[80] Cour de cassation Chambre civile 1, 9 novembre 2004, n°01-17908 ; n°01-17168, publiés au bulletin.

Tout d'abord, le mécanisme permettant une immunité civile des médecins exerçant dans des structures collectives telles que les hôpitaux n'a pas été étendu aux médecins libéraux, alors même que les juges tendent désormais à faire peser sur les établissements publics la responsabilité des fautes commises par leurs praticiens exerçant une activité libérale à l'hôpital. En effet, les patients pris en charge dans une clinique privée concluent d'une part un contrat avec celle-ci pour tous les aspects liés à l'hospitalisation en elle-même, donc à l'organisation et au fonctionnement du service ; et d'autre part un contrat avec le ou les médecins libéraux participant à leurs soins, traitements ou opérations. Lorsqu'un dommage survient à la suite d'un passage en clinique privée, il faut rechercher son origine, et si celle-ci réside dans l'acte médical d'un praticien libéral, sa responsabilité personnelle sera engagée. Cela s'explique notamment par le fait que l'exercice libéral se caractérise par sa particulière indépendance. Même si l'indépendance professionnelle des médecins doit être respectée peu importe le mode d'exercice, en pratique, c'est ce type d'activité qui la garantit le mieux. Les médecins exerçant en libéral font souvent ce choix afin de garder une liberté d'exercice maximale : ils restent libres de leurs honoraires, de leur temps de travail, de leur mode de prise en charge… Il apparaît donc cohérent de leur réserver également une telle autonomie s'agissant du contentieux découlant de leur activité. Il n'existe en effet aucun lien de subordination avec la clinique qui ne fait que leur louer des locaux et du matériel, il serait donc injuste pour l'établissement de faire peser sur lui les conséquences d'une activité qu'il ne contrôle pas. Cela s'explique également par le fait que ce-sont généralement les cliniques privées à but lucratif qui emploient des médecins libéraux. Or, elles ne participent pas toujours au service public hospitalier, et c'est celui-ci qui justifie une protection importante des médecins et des patients. Toutefois, les juges restent conscients des difficultés auxquelles peuvent être confrontés les professionnels de santé dans leur exercice et ils restent cléments à leur égard. L'arrêt de la cour de cassation Destandeau du 8 novembre 2000[81] l'illustre parfaitement, la cour se prononce sur la tentative de la cour d'appel de Paris d'appliquer aux relations entre les patients et les médecins libéraux le régime de responsabilité sans faute de l'aléa thérapeutique résultant de la jurisprudence Bianchi. Elle va finalement considérer qu'il est impossible d'engager la responsabilité d'un médecin alors qu'il n'a commis aucune faute vis-à-vis de son patient, même si un dommage en a résulté. À l'inverse pourtant, le CE considère dans l'arrêt 9 Avril 1993 M. Bianchi[82] que la responsabilité de l'établissement public de santé peut être engagée en cas de réalisation d'un risque médical sans faute. Si ce décalage est justifié par l'exercice particulier des médecins libéraux, il en résulte une inégalité

[81] Cour de Cassation, Chambre civile 1, 8 novembre 2000, Destandeau, n°99-11.735, publié au bulletin.
[82] Conseil d'Etat, Assemblée, du 9 avril 1993, Bianchi, n°69336, publié au recueil Lebon.

de traitement entre les justiciables selon qu'ils soient opérés dans une clinique privée ou un hôpital public. Ce point est également amplifié par le fait que les conditions d'indemnisation d'un dommage causé par l'activité hospitalière sont plus facilement remplies pour l'usager d'un établissement public, qui sera systématiquement indemnisé soit par l'établissement soit par la solidarité nationale, que pour celui d'un établissement privé. Néanmoins, le juge judiciaire est plus généreux que le juge administratif s'agissant du montant de l'indemnisation qui sera allouée à la victime d'une activité médicale, ce qui permet de compenser cela.

Le choix de ne pas appliquer le même régime aux établissements de santé publics et privés s'explique notamment par la nature de leurs missions. Comme précédemment évoqué, les hôpitaux publics exercent le service public hospitalier, mais celui-ci a subi des évolutions. La loi Boulin du 31 décembre 1970 a identifié 4 missions initiales du service public hospitalier : les soins, l'enseignement, la prévention et la recherche. Progressivement de nouvelles missions ont été définies, mais la loi du 21 juillet 2009[83] a supprimé le service public hospitalier pour le remplacer par des missions de service public générales Le problème qui s'est posé est que traditionnellement les missions du service public hospitalier étaient exercées par les établissements publics de santé, dont le fonctionnement et le financement y étaient adaptés, mais désormais les cliniques privées peuvent aussi les exercer, ce qui a posé des problèmes en pratique car celles-ci ne pouvaient pas répondre aux contraintes et coûts supplémentaires induits. C'est pourquoi la loi du 26 janvier 2016[84] a réintroduit le service public hospitalier, en le définissant désormais par des obligations exposées à l'article L6112-2 du CSP : assurer l'aide médicale urgente, respecter l'égalité, la neutralité, assurer la continuité, la mutabilité… Les établissements publics sont identifiés comme gérant par nature le service public hospitalier et les établissements privés à but non lucratif bénéficient d'une habilitation. Mais les établissements à but lucratif peuvent avoir une implication limitée dans l'exercice de ce service, ils peuvent participer uniquement à l'aide médicale urgente, laissant donc le reste de leur activité en dehors du service public hospitalier, ou placer toutes leurs activités sous ce sceau. Lorsqu'ils font ce choix, ils acceptent de renoncer aux dépassements d'honoraires, par conséquent, les cliniques privées exercent peu ce service public hospitalier, or c'est lui qui justifie certaines règles particulières applicables aux établissements publics.

L'organisation et le financement des hôpitaux publics répond à un impératif d'intérêt général, l'accès aux soins : il tarifie au coût moyen afin de maximiser l'accès aux soins et la

[83] Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF n°0167 du 22 juillet 2009.
[84] Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016.

quantité qu'il produit, sans générer de bénéfice. Au contraire, les cliniques privées cherchent le profit, ce qui limite la quantité produite et donc le service rendu aux clients. C'est pourquoi les juges sont de manière générale moins tolérant avec celles-ci, retenant plus facilement leur responsabilité et faisant peser un montant d'indemnisation plus lourd sur elles. C'est également pour cette raison que la solidarité nationale n'intervient pas comme relais lorsque la charge réparatrice est trop importante. Une illustration de cela s'observe dans la décision du Conseil Constitutionnel Clinique Saint-Cœur du 21 juin 2019[85]: le conseil était saisi par deux cliniques privées qui avaient placé une partie de leurs activités sous le sceau du service public hospitalier. Celles-ci considéraient que l'interdiction des dépassements d'honoraires liée à l'exercice du service public hospitalier portait atteinte à leur liberté d'entreprendre et conduisait à une inégalité de traitement avec l'hôpital public, dans lequel les médecins exerçant à titre libéral bénéficiaient du droit aux dépassements d'honoraires. Le conseil a malgré tout considéré que les médecins travaillant à l'hôpital n'étaient pas dans la même situation juridique que ceux travaillant dans une clinique, justifiant donc l'interdiction des dépassements d'honoraire dans les cliniques privées ayant placé d'autres activités hospitalières sous le sceau du service public.

Ensuite, s'agissant de la responsabilité du fait des produits défectueux, des différences très nettes perdurent entre les régimes applicables aux établissements publics et privés. Les établissements privés se voient appliquer le régime de droit commun issu de la directive européenne du 25 juillet 1985[86] transposée par la loi du 19 mai 1998[87]. La responsabilité des dommages causés par la défectuosité d'un dispositif médical ou d'un médicament pèse sur son fabriquant ou à défaut son fournisseur[88]. Ce n'est que s'il est impossible de tracer ces deux acteurs que l'utilisateur du produit, c'est-à-dire la clinique ou le médecin libéral, pourra voir sa responsabilité engagée. C'est un régime protecteur des établissements de santé utilisateurs. Le régime applicable aux hôpitaux publics est moins favorable, le CE a en effet considéré que le code civil n'était pas applicable et a retenu la responsabilité sans faute de l'hôpital en tant qu'utilisateur du produit, au motif que celui-ci a l'obligation d'utiliser des produits de santé en bon état à l'égard de ses patients[89]. La Cour de Justice de l'Union Européenne a estimé que cela

[85] Conseil Constitutionnel, Décision 2019-792 QPC - 21 juin 2019 - Clinique Saint Cœur et autres, JORF n° 0143 du 22 juin 2019.
[86] Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE L 210 du 7 août 1985.
[87] Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JORF n° 0117 du 21 mai 1998.
[88] Articles 1245-10 et 1245-11 du Code civil.
[89] Conseil d'État, 5ème et 7ème sous-sections réunies, 9 juillet 2003, M. et Mme Marzouk, n°220437, publié au recueil Lebon.

n'était pas contraire à la directive européenne, à condition que l'utilisateur condamné puisse se retourner par une action en garantie contre le producteur[90]. Cette solution peut sembler étonnante au regard de la tendance des juges à protéger l'exercice hospitalier public, mais elle s'explique par deux éléments. Tout d'abord, par un soucis de garantie du service public hospitalier, en effet les juges identifient une obligation de service public hospitalier en l'obligation d'utiliser des produits de santé en bon état, car cela permet de garantir la sécurité des soins. Il est donc indispensable d'inciter par tous les moyens les hôpitaux à rester vigilants. Ensuite, cela s'explique par un soucis de protection des droits des malades, la charge probatoire est plus faible que dans la responsabilité du fait des produit défectueux de droit commun : elle ne doit prouver qu'un dommage et un lien de causalité avec l'hospitalisation et non pas la défectuosité du produit. Les victimes seront donc plus facilement indemnisées.

En conclusion, les mouvements successifs d'adaptation du droit de la responsabilité civile médicale s'inscrivent dans un soucis de protection des malades. La prise de conscience par les individus de leurs libertés et de leurs droits a provoqué une révision profonde des valeurs médicales, de la perception des relations et du fonctionnement du système de santé. Les crises sanitaires successives ont achevé de rendre nécéssaire une révision et une modernisation des pratiques. Cette modernisation n'aurait pas été efficiente sans une harmonisation des pratiques médicales entre établissements publics et privés de santé. Toutefois, une appréciation complète de la santé implique d'avoir conscience des difficultés affectant les acteurs, en l'occurrence les médecins, afin d'adapter au mieux les normes applicables. C'est pourquoi cette refonte du système de santé s'est attaquée à un autre aspect du contentieux médical : les responsabilités à visée sanctionnatrice. Les enjeux sont ici tout autres, mais ce type de responsabilité peut néanmoins permettre de combler certaines lacunes de la responsabilité réparatrice, qui peine parfois à se montrer équitable, satisfaisante et responsabilisante. Les juges recourent donc de plus en plus aux responsabilités pénales, disciplinaires et ordinales afin de créer un climat global de responsabilité le plus efficient possible, s'agissant d'une matière aussi délicate que le droit à la santé.

[90] Cour de Justice de l'Union Européenne, 21 décembre 2011, CHU de Besançon contre Dutreux, n°C-495/10.

Titre 2 : Les responsabilités à visée sanctionnatrice à l'appui d'une responsabilité civile peinant à garantir les droits des patients

Comme développé au cours du Titre 1, les responsabilités civiles et administratives présentent des lacunes en matière médicale et peinent parfois à apporter une réponse satisfaisante aux patients victimes de dommages dus à l'activité hospitalière. Depuis les années 1990, la conséquence est un recours croissant aux responsabilités à visée réparatrice dans le domaine médical. Cela afin de chercher des solutions alternatives permettant une meilleure garantie et reconnaissance des droits des malades, et une sanction de l'auteur réel de la faute ayant causé un préjudice. Est envisagée ici premièrement la responsabilité pénale, qui visera donc à sanctionner personnellement le médecin ayant commis une infraction pénale, dans le but de protéger les futurs patients et de reconnaître à la victime cette qualité. Deuxièmement, il y a deux types de responsabilités dont l'objectif est davantage axé sur la protection de la profession de médecin en elle-même et du service public hospitalier : les responsabilités ordinales et disciplinaires. Il faudra donc s'intéresser en premier lieu à la protection des droits des victimes grâce à la responsabilité pénale (Chapitre 1), puis en second lieu à la protection de l'exercice de la médecine grâce aux responsabilités ordinales et disciplinaires (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une protection des droits des victimes de dommages liés à l'activité médicale grâce à la responsabilité pénale

Si c'est vers la responsabilité pénale que les victimes tentent de se tourner pour bénéficier d'une réelle protection de leurs droits, c'est notamment en raison du rôle fondamental du juge pénal consacré par la Constitution de 1958[91]. Celui-ci est désigné comme protecteur des libertés individuelles, ce qui le rend plus enclin à retenir la responsabilité du médecin (Section 1). Toutefois, il faut rester vigilant à l'égard de cette pénalisation de l'activité médicale afin de ne pas porter atteinte à l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art (Section 2).

[91] Constitution du 4 octobre 1958, article 66, JORF du 5 octobre 1958.

Section 1 : Un juge pénal protecteur des libertés individuelles plus enclin à retenir la responsabilité du médecin

L'activité médicale se caractérise par ses enjeux particuliers en matière de libertés individuelles, le droit pénal doit donc s'y appliquer de façon prudente et s'adapter aux tensions existantes en la matière (I). C'est pour cette raison que la responsabilité pénale des acteurs du système de santé est délicate à appréhender (II).

I- Le droit pénal et ses enjeux au service des libertés individuelles en tension dans l'activité médicale

Le terme « éthique » est issu du latin « ethica » et du grec « êthikos » qui signifient morale ou mœurs, c'est donc la « réflexion relative aux conduites humaines et aux valeurs qui les fondent, menée en vue d'établir une doctrine, une science de la morale »[92]. L'éthique est un concept philosophique applicable à tous les aspects de la vie publique et individuelle, mais elle revêt un aspect particulier s'agissant du droit. Si le droit suggère l'altérité dans le maintien de l'ordre social, tandis que l'éthique suggère l'individualité dans la recherche de la bonne action, ces deux éléments sont perméables et s'influencent mutuellement. Toutefois, il existe deux façons d'envisager ce lien : selon l'école du droit positif de Hans Kelsen, le droit s'auto crée et la norme est juste et bonne en elle-même si elle est prise conformément au droit, ici la place laissée à l'éthique est minime. Selon l'école du droit naturel à l'inverse, des règles intangibles préexistent sous forme naturelle et le droit n'est là que pour les reconnaître, l'éthique fait donc partie intégrante de celui-ci. S'agissant maintenant de la santé, l'éthique ne s'est manifestée dans ce domaine que récemment. Ce sont notamment les progrès en matière médicale qui ont rendu nécéssaire une réflexion éthique : tout d'abord, la découverte des antibiotiques dans les années 1930 a permis à l'homme de commencer à maîtriser son destin et son environnement, n'étant plus soumis à la fatalité de la mort en cas de maladie. Ensuite, c'est la révolution biologique qui a réellement fait naître ce besoin d'inclure l'éthique dans le droit de la santé. En effet, l'homme maîtrise désormais sa reproduction grâce aux moyens de contraception, il comprend le fonctionnement de son être grâce aux neuro sciences… Cela engendre une responsabilité supplémentaire et impose des choix : la conception manichéenne du bien qui consiste à soigner et du mal qui consiste à laisser mourir n'est plus valable. Le frontière est

[92] Éthique. Dictionnaire de l'Académie française.

désormais floue et les progrès constants de la science ouvrent des champs nouveaux susceptibles de questionner l'éthique : la gestation pour autrui, le clonage, l'euthanasie, les chimères… Il est nécéssaire d'encadrer juridiquement le secteur médical, en accompagnant cette règlementation d'une réflexion éthique. L'éthique appliquée au médecin et à la médecine est aujourd'hui tellement importante qu'elle compose le vaste ensemble de la bioéthique. Quatre principes fondamentaux gouvernent une décision éthique : la bienfaisance, faire le bien ; la non malfaisance, éviter de faire souffrir ; l'autonomie, respecter l'individualité et les valeurs de chacun ; et la justice. La profession de médecin est largement gouvernée par ces principes car elle est soumise à une déontologie professionnelle particulière, comme il le sera développé dans le second chapitre. À ce titre, les décisions médicales qu'ils sont amenés à prendre sont considérées comme éthiques, les juges présument cette qualité en raison des missions et des motivations des médecins. En effet, ils prêtent serment, sont régis par un code de déontologie strict et sont personnellement investis d'une mission de soin. C'est pourquoi certains types de fautes pénales peuvent difficilement leur être reprochées : par exemple, il est difficile d'admettre les fautes intentionnelles d'un professionnel de santé, ou encore sa non-assistance à une personne en danger. Le droit pénal est une discipline particulièrement influencée par l'éthique, la majorité des infractions en constituent des atteintes et les auteurs de celles-ci sont donc condamnés pour l'attaque symbolique qui est faite à la société.

Mais sous un autre aspect, l'activité médicale est aussi particulièrement génératrice de violations à l'éthique en ce qu'elle suppose des atteintes à l'intégrité corporelle, donc à la liberté de disposer de son corps et à de nombreuses autres libertés individuelles. Le juge judiciaire, en tant que protecteur des libertés individuelles, comme consacré par l'article 66 de la Constitution de 1958, joue donc un rôle important dans la protection de la bioéthique. Son intervention est complémentaire à celle du juge administratif, chargé de veiller à l'intérêt général et à la protection des deniers publics. S'opposent ici un aspect individuel et un aspect collectif : l'aspect individuel réside dans les atteintes subies personnellement par les victimes d'actes médicaux et par la responsabilité personnelle du médecin auteur, c'est pour cela que le juge judiciaire est traditionnellement plus enclin à la fois à reconnaître la faute personnelle du médecin dans l'exercice de son activité et à indemniser généreusement les victimes. L'aspect collectif réside dans l'atteinte à l'intérêt général par le fonctionnement du service public hospitalier, il justifie une certaine prudence des juges administratifs à condamner les acteurs de ce service participant eux-mêmes au maintien de l'intérêt général. A ce titre, le juge judiciaire est chargé du procès pénal, toutefois ce contentieux a la particularité de comprendre des enjeux

propres au droit public et au droit privé. Il vise à sanctionner une violation de l'intérêt général et oppose l'état à l'auteur de l'infraction, ce qui le rapproche du droit public. Mais sa visée sanctionnatrice s'oppose à la visée réparatrice du droit administratif. Cette difficulté d'identification est d'autant plus prégnante dans le domaine de la santé puisque les offreurs de santé participent toujours à la protection de l'intérêt général et des libertés individuelles. Ensuite, les enjeux poursuivis par les responsabilités à visée réparatrice et sanctionnatrice se rejoignent et se complètent en raison de la particularité de la matière, particulièrement sensible sur le plan individuel, mais aussi collectif. Cette ambivalence explique qu'au moment de l'adoption de la loi Kouchner de 2002, se soit posée la question d'une unification du contentieux médical devant le juge judiciaire. Le CE s'y est fermement opposé afin de garder la main mise sur les questions de responsabilité indemnitaire et de maîtriser ce contentieux.

Les responsabilités administratives et civiles sont donc à visée réparatrice, l'idée est de réparer les conséquences dommageables d'un acte. Elles supposent l'existence d'une victime, mais pas nécessairement celle d'une faute, il suffit qu'un préjudice ait été subi. La responsabilité pénale est quant à elle à visée sanctionnatrice, elle vise par conséquent une reconnaissance de culpabilité. L'objectif est de punir l'auteur d'un acte grave, qualifié d'infraction pénale par les textes. Une victime n'est pas indispensable, en effet l'action publique peut être engagée sans qu'une plainte ait été déposée, et la victime ne peut pas elle-même provoquer l'action. L'étude de la responsabilité pénale est également intéressante en ce qu'il est impossible de « réparer » le corps, qui est souvent l'élément atteint dans le cadre d'un engagement de la responsabilité médicale. La responsabilité civile ou administrative appliquée au contentieux médical n'est donc pas entièrement satisfaisante, elle peut même être difficile à accepter par les victimes car il s'agit de valoriser une souffrance, un bouleversement de l'existence ou encore la perte d'un proche. Une indemnisation financière est insuffisante pour les victimes, il faut également s'assurer que l'auteur d'un dommage aussi grave soit sanctionné et empêché de nuire à nouveau. Ainsi, la responsabilité pénale intervient en complément des responsabilités réparatrices. Tel que développé dans le titre 1, le juge administratif mobilise parfois des mécanismes excessivement protecteurs des médecins, auteurs directs de dommages graves : le recours systématique à la qualification de faute de service faisant peser l'indemnisation sur l'établissement de santé invisibilise parfois des comportements dangereux. Cela permet également aux professionnels de santé de continuer à exercer sans conséquences, au risque de mettre en péril la santé d'autres patients. De même, les outils au service des acteurs du contentieux médical civil montrent des limites : le défaut de mise en œuvre des actions

récursoires par les hôpitaux contre leurs médecins en cas de faute lourde laisse les victimes sans reconnaissance ni responsable. Les services de l'établissement doivent alors supporter un fardeau financier et moral. C'est pourquoi une mobilisation croissante de la responsabilité pénale des professionnels de santé s'observe. Les victimes sont conscientes de ces limites et agissent désormais sur le plan pénal dès qu'il est possible de caractériser une infraction pénale, ce faisant elles s'assurent que l'auteur sera véritablement sanctionné. La responsabilité pénale a pour effet de protéger les futurs patients grâce à des moyens coercitifs, mais aussi incitatifs car la responsabilité pénale est toujours personnelle et fait donc obstacle à une potentielle immunité des médecins. Elle permet également de rétablir l'équilibre des responsabilités et des rôles. La limite à cette complémentarité reste toutefois la nécessité de qualifier une infraction pénale, en effet tout préjudice ne trouve pas sa source dans une faute pénalement répréhensible. Et, comme expliqué plus haut, certains types d'incriminations ne peuvent pas s'appliquer aux médecins en raison de la particularité de leurs missions et de leurs activités, ce qui complique le fonctionnement de cette responsabilité. C'est illustré par le nombre de professionnels de santé mis en cause en 2022 : seuls 3% des professionnels de santé ayant fait l'objet d'une procédure judiciaire ont été poursuivis devant les juridictions pénales. Néanmoins, en raison de la gravité des actes et de leurs conséquences en matière médicale, les juges judiciaires sont sévères avec les médecins mis en cause lorsque leur responsabilité se trouve effectivement engagée, 10 décisions de condamnation et 3 décisions de relaxe ont été rendues en 2022[93]. En revanche, lorsqu'à l'inverse les faits allégués ne sont pas suffisamment graves pour engager la responsabilité civile personnelle du médecin, la responsabilité pénale permet de sanctionner les comportements répréhensibles et d'empêcher le médecin de récidiver. Elle intervient à l'appui de situations particulières internes aux établissements de santé et vise par exemple les atteintes subies par le reste du personnel de l'établissement, telles que le harcèlement moral et sexuel.

II- La délicate responsabilité pénale des acteurs du système de santé

La responsabilité pénale des acteurs du système de santé est délicate à appréhender en raison des conséquences importantes que son engagement peut générer, des sanctions encourues et des actes qui en sont à l'origine. Par ailleurs, la nature de l'activité médicale s'oppose par principe à ce type de responsabilité, c'est pourquoi les régimes sont particuliers à la matière et les juges grandement impliqués dans leur adaptation. Premièrement, il faut s'intéresser au régime de

[93] MACSF. Bilan 2022 des décisions issues des procédures pénales. 26 septembre 2023.

responsabilité pénale des établissements de santé. Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, les personnes morales peuvent voir leur responsabilité pénale engagée au même titre que les personnes physiques. Ainsi, les établissements de santé peuvent personnellement voir leur responsabilité pénale engagée en cas d'infraction dans l'exercice de l'activité médicale[94]. C'est une évolution récente, en effet avant la loi du 9 mars 2004[95], cette responsabilité ne pouvait être engagée que dans les cas prévus par la loi ou le règlement, un principe de spécialité s'appliquait donc. Par conséquent, les victimes d'infractions commises par les organes ou représentants de l'hôpital ne pouvaient pas se voir reconnaître cette qualité et les auteurs bénéficiaient d'une sorte d'immunité. Il n'était pas possible de faire peser cette responsabilité sur les médecins qui n'avaient pas personnellement commis les infractions reprochées, un vide existait donc concernant certains actes délictueux. Toutefois, même s'il s'agit d'une avancée en termes de responsabilisation et de reconnaissance de culpabilité, dans les faits cette responsabilité pénale est très peu engagée[96]. Cela s'explique par les conditions d'engagement de cette responsabilité qui sont particulièrement strictes : les faits doivent avoir été accomplis dans l'intérêt ou au profit de la personne morale, soit par ses organes, désignés comme les dirigeants de la personne morale ; soit par ses représentants, ayant le pouvoir statutaire d'engager celle-ci vis-à-vis des tiers. Or, dans le secteur médical, l'immense majorité des fautes pénales sont des fautes d'imprudence ou de négligence de caractère médical commises par un membre du personnel soignant, donc par des personnes qui ne sont ni des organes ni des représentants de l'hôpital. Deux courants jurisprudentiels se sont opposés au lendemain de l'adoption de ce texte, afin de déterminer si les fautes des médecins pouvaient permettre l'engagement de la responsabilité pénale de l'établissement. Tout d'abord, un courant souple a affirmé qu'en cas de faute commise dans l'organisation du service, il n'était pas nécéssaire d'identifier précisément son auteur, celle-ci étant présumée avoir été commise par un organe ou représentant de l'hôpital[97]. Ensuite, un courant strict a soutenu que la faute d'un praticien ne pouvait pas engager la responsabilité pénale de l'établissement de santé, car celui-ci n'était ni un organe ni un représentant de l'hôpital[98]. Finalement, dans un arrêt du 11 avril 2012[99], la cour de cassation a appliqué le courant strict et considéré que l'auteur de la faute devait être identifié et avoir la

[94] Article 121-2 du Code pénal.
[95] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n° 0059 du 10 mars 2004.
[96] MISTRETTA, Patrick. Droit pénal médical, contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient. 2ème édition, 2022. LGDJ. p.86.
[97] Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 9 mars 2010, n°09-80.543, Publié au bulletin.
[98] Cour d'Appel de Chambéry, 29 novembre 2007, n°07-00362.
[99] Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 11 avril 2012, n°10-86.974, Publié au bulletin.

qualité d'organe ou de représentant. Ici les juges font le choix de rendre plus difficile l'engagement de la responsabilité pénale de l'hôpital, alors que quand il s'agit de réparer un préjudice, la responsabilité hospitalière est facilitée. Cela s'explique par les caractéristiques de la responsabilité pénale, elle est nécessairement personnelle, la faire peser sur une personne qui n'est pas l'auteur de l'infraction visée la viderait de son sens, l'objectif étant de sanctionner l'auteur d'un acte délictueux. Cette solution est également conforme au principe de légalité des délits et des peines, règle particulière au droit pénal qui garantit sa juste application.

Deuxièmement, il faut étudier le régime de responsabilité pénale des médecins dans l'exercice de leur activité professionnelle. C'est le régime le plus intéressant ici puisque c'est lui qui complète les insuffisances de la responsabilité à visée réparatrice. Le simple fait que cette responsabilité ne puisse pas être couverte par celle de l'hôpital confère à ce régime une efficacité et lui permet de répondre aux besoins identifiés par les victimes et les établissements. En effet, les médecins sont personnellement responsables des infractions pénales commises dans l'exercice de leur activité médicale, ce qui suppose que les victimes disposent de l'identité de l'auteur de leurs dommages, l'établissement ne paye donc pas le prix des fautes d'un tiers sur ses ressources financières ou sa réputation. Par ailleurs, la responsabilité pénale vise une sanction du responsable, le médecin auteur supportera donc symboliquement les conséquences de sa faute. Cette responsabilité, à l'inverse des responsabilités à visée réparatrice, est incitative : les sanctions étant personnelles et importantes, les médecins régulent leurs comportements afin d'éviter de voir leur responsabilité engagée, cela permet de favoriser la qualité et la sécurité des soins, ainsi que le respect des droits des malades.

S'agissant des fautes susceptibles d'être reprochées aux professionnels de santé, comme précédemment évoqué, elles sont particulières et il est rare qu'elles entraînent un procès pénal. L'alinéa 1 de l'article 121-3 du code pénal dispose qu'il « n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. », les médecins peuvent donc se voir reprocher une infraction intentionnelle, mais dans les faits c'est très rare en raison des missions des professionnels de santé qui sont intrinsèquement opposées à la volonté de commettre un acte délictueux. Il en va de même pour l'infraction de mise en danger délibérée d'autrui qui peut difficilement être reprochée au médecin. En pratique, les infractions intentionnelles reprochées aux médecins sont principalement des infractions ne supposant pas une atteinte au corps, cela concerne davantage la violation du secret médical ou l'exercice illégal de la médecine. Une partie de la doctrine considère même que les fautes intentionnelles n'existent pas en matière médicale. Pour autant, les juges en retiennent et les caractérisent même plus facilement que lorsque celles-ci sont

commises en dehors du milieu médical. A titre d'exemple, le délit de non-assistance à personne en danger est facilement retenu à l'égard des médecins en raison de leur aptitude naturelle à porter secours. Dans un arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation du 19 mai 2009[100], une présomption de conscience du péril par les praticiens a même été retenue[101]. Toutefois, la responsabilité pénale des médecins est le plus souvent engagée au titre d'infractions non intentionnelles, en effet, la complexité de l'exercice médical favorise les atteintes non intentionnelles à la vie ou à l'intégrité physique. Ce sont donc principalement des actes d'imprudence, de négligence ou de maladresse qui sont reprochés aux médecins, comme indiqué par l'alinéa 3 de l'article 121-3 du code pénal : « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de 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. ». Il convient de mentionner deux infractions involontaires susceptibles d'engager la responsabilité pénale des médecins : l'homicide involontaire[102] et l'atteinte involontaire à la personne[103]. Dans ce type d'infractions, le lien de causalité est fondamental, c'est lui qui permet d'imputer l'atteinte au médecin. Une évolution a eu lieu dans l'appréciation de celui-ci : avant la loi Fauchon du 10 juillet 2000[104], la causalité était limitée à l'exigence d'une certitude. Indépendamment de cela, les juges ont développé deux théories relatives à la causalité : l'équivalence des conditions d'après laquelle « il suffit que le fait illicite ait concouru à la réalisation du dommage pour qu'il soit possible de mettre en jeu la responsabilité pénale de son auteur », et la causalité adéquate s'intéressant précisément à la force causale de chaque élément ayant participé à la réalisation du dommage[105]. Dès un arrêt du 18 novembre 1927[106], la cour de cassation a appliqué la théorie de l'équivalence des conditions en considérant qu'il n'était pas nécessaire que la faute du prévenu ait été la cause « unique, exclusive, directe et immédiate du résultat ». Ainsi, la preuve de la causalité était facilitée, induisant le même phénomène s'agissant de la responsabilité pénale du médecin. Ce phénomène a été intensifié par une

[100] Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 19 mai 2009, n°08-82.710, Inédit.
[101] MISTRETTA, Patrick. Pénalisation de la santé ? Dossier : les juges de la santé. RDSS, 31 décembre 2023. Page 41. Dalloz.fr.
[102] Article 221-6 du code pénal.
[103] Article 222-19 du code pénal.
[104] Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JORF n° 0159 du 11 juillet 2000.
[105] MISTRETTA, Patrick. op. cit. p. 64.
[106] Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 18 novembre 1927, S. 1928, I, 192.

décision du 29 juin 1999[107], dans laquelle la cour de cassation a retenu qu'un médecin pouvait engager sa responsabilité dès lors que le lien de causalité entre sa faute et le dommage était certain, même s'il n'était qu'indirect ou médiat. La loi du 10 juillet 2000 est venue réformer cette situation afin d'éviter un engagement trop facile de la responsabilité pénale du médecin, risquant de créer une crainte dans leur exercice professionnel et donc une réduction de leur activité. Elle distingue deux situations : si le lien de causalité est direct, il suffit de prouver que le médecin a commis une faute simple en appliquant le critère du paramètre déterminant. Lorsque les fautes ont été le paramètre déterminant du dommage subi par le patient, on retient une causalité directe. En revanche, si le lien de causalité est indirect, il faudra prouver une faute caractérisée, le praticien commet une telle faute lorsqu'il expose son patient à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer. Il faudra donc démontrer la connaissance du risque en se fondant d'abord sur des données purement factuelles, puis sur des données personnelles liées à la profession de l'intéressé. Ce régime est plus adapté aux difficultés caractérisant l'activité médicale, il permet de prendre en compte les contraintes de la pratique médicale et la nécessité de protéger les patients.

Section 2 : Une pénalisation de l'activité médicale susceptible de porter atteinte à l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art

Deux risques caractérisent l'activité médicale : un risque de dommage pour les malades et un risque judiciaire pour les médecins. Il est donc important de trouver un équilibre entre ces risques (I), c'est pourquoi des mécanismes se sont développés afin de garantir l'obligation déontologique d'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art (II).

I- Une activité médicale confrontant risque de dommage pour les malades et risque judiciaire pour les médecins

La responsabilité médicale fait l'objet d'une mise en cause croissante depuis les années 1990 en raison des progrès de la science. Elles permettent le développement de techniques novatrices et le traitement efficace d'un plus grand nombre de pathologies, mais supposent parallèlement une complexification des actes et des prises en charges. En effet, il faut former continuellement les médecins aux nouvelles pratiques, c'est par ailleurs l'une de leurs

[107] Cour de Cassation, Chambre criminelle, 29 juin 1999, n°98-82.300, Publié au bulletin.

obligations déontologiques, afin qu'ils soient en mesure de fournir des soins conformes aux données acquises de la science. Cette adaptation continue force les professionnels de santé à s'imprégner d'un nombre important d'informations et à pratiquer des interventions toujours plus minutieuses et fatigantes, ce qui conduit à une augmentation du risque de dommages liés à l'activité médicale. De même, une augmentation substantielle des actes médicaux pratiqués s'observe dans les établissements de santé depuis la création de la tarification à l'activité. En effet, la loi du 18 décembre 2003[108] a réformé le financement des établissements de santé, remplaçant l'octroi d'un budget global qui consistait à reconduire la même enveloppe budgétaire d'une année sur l'autre, par une tarification à l'activité, la T2A. Celle-ci repose sur une mesure de la nature et du volume de l'activité hospitalière afin d'octroyer le financement nécéssaire à celle-ci. Par conséquent, plus les hôpitaux produisent d'accès aux soins, plus ils obtiennent de financements. Cela a conduit à une augmentation des actes médicaux et à une révision des pratiques et de la prise en charge afin de maximiser l'efficience de l'activité hospitalière. Le virage ambulatoire, consistant en un transfert de certains soins de l'hospitalisation complète vers l'hospitalisation de jour et la consultation, s'inscrit dans cette démarche. Ces éléments ont provoqué une inflation et une complexification des actes médicaux, dont le corolaire a été l'augmentation des recours en responsabilité civile, mais aussi pénale. Le rapport de l'Observatoire des risques médicaux pour la période 2008-2014 relève dans ce sens une augmentation des sinistres issus d'actes médicaux non fautifs, qui représentaient 24% des dossiers soumis à l'ONIAM en 2014. Par ailleurs, ce sont bien les spécialités chirurgicales qui représentent la majorité des sinistres puisqu'elles représentaient 69% des dossiers indemnisés en 2014[109].

Il est intéressant de dresser une typologie des actes susceptibles d'engager la responsabilité pénale des professionnels de santé, celle-ci témoigne de la gravité des préjudices potentiels et de la nécessité de trouver un équilibre entre protection du médecin dans l'exercice de son art et protection des malades dans leur prise en charge. Tout d'abord, le médecin peut intentionnellement porter atteinte à la vie de son patient au moyen d'un acte mortifère. D'une part, l'article 221-1 du code pénal définit le meurtre comme le fait de donner volontairement la mort à autrui. La condamnation de ce crime a animé le contentieux médical à l'occasion des débats sur la fin de vie, en effet pratiquer une euthanasie sur un patient est constitutif d'un

[108] Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, JORF n° 0293 du 19 décembre 2003.
[109] Rapport d'activité 2015 de l'Observatoire des risques médicaux. ONIAM

meurtre[110], comme l'ont jugé la cour de cassation dans un arrêt du 19 février 1997[111] et la cour d'Assise du Maine et Loire dans une décision du 24 octobre 2015 dans l'affaire Bonnemaison. D'autre part, l'article 221-5 du code pénal condamne l'empoisonnement, qui est l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort. Ici aussi la question s'est souvent posée de savoir si certains types d'actes médicaux étaient qualifiables d'empoisonnements, par exemple à l'occasion du scandale du sang contaminé, où la contamination par le virus du SIDA a pu être considérée comme un empoisonnement. Finalement, dans un arrêt du 18 juin 2003[112], la cour de cassation a refusé cette qualification afin de protéger les médecins qui n'avaient, de plus, pas d'intention mortifère en l'espèce. Ensuite, le médecin peut être l'auteur d'atteintes à l'intégrité physique volontaires se matérialisant par des violences médicales ou l'administration de substances nuisibles[113]. Enfin, il peut voir sa responsabilité pénale engagée en cas d'atteinte non intentionnelle à la vie et à l'intégrité physique. Cela peut se traduire par une maladresse, telle que la mauvaise maîtrise d'une technique opératoire[114] ; une imprudence, dans le cas par exemple où le médecin connaissant les dangers de son acte ne prend pas les précautions nécessaires pour l'éviter[115] ; ou une négligence[116]. Ces types de fautes sont propres à l'activité médicale qui suppose le respect par les médecins de diligences particulières et d'obligations de sécurité. Seule une faute simple est nécéssaire pour les qualifier, cela s'explique par la nécessité de sanctionner le professionnel qui, blessant un patient, manque par la même à ses obligations professionnelles.

La pénalisation de l'activité médicale constitue donc un secours pour les victimes d'accidents médicaux fautifs, ce qui est salutaire car la responsabilité civile seule peut être lacunaire. Elle permet ainsi la reconnaissance de la responsabilité du médecin et de la qualité de victime pour le patient. Ces aspects sont importants d'un point de vue éthique puisque l'individu subissant un dommage a besoin, au-delà d'une réparation financière, de la reconnaissance de la dégradation de son état et de son responsable. Le deuil en sera facilité, cela fait partie intégrante de la réparation symbolique d'un préjudice. Par ailleurs, si un acte d'une telle gravité ne supposait aucune conséquence, il n'y aurait plus d'utilité à élaborer des

[110] AUMONIER, Nicolas ; BEIGNIER, Bernard ; LETELLIER, Philippe. Chapitre VIII : L'euthanasie au regard du droit français. L'euthanasie. Presses Universitaires de France. 2016. Cairn.info.
[111] Cour de Cassation, Chambre criminelle, 19 février 1997, n°96-82.377, Publié au bulletin.
[112] Cour de Cassation, Chambre criminelle, 18 juin 2003, n°02-85.199, Publié au bulletin.
[113] Article 222-7 du Code pénal.
[114] Cour de cassation, Chambre criminelle, 30 octobre 2007, n°06-89152, inédit.
[115] Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 octobre 2004, n°04-80317, Publié au bulletin.
[116] Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 mai 2005, n°04-83347, inédit.

normes de sécurité, des règles déontologiques et des régimes de responsabilité. Une désorganisation dominerait les pratiques médicales, avec comme seule garantie les motivations intrinsèques des médecins. Cette pénalisation permet également d'éviter de faire peser les actes d'un médecin sur tout un établissement et de se prémunir contre le risque d'accidents sériels.

Des outils complémentaires participent à cette protection et cette sécurisation de l'activité médicale, à l'image des revues d'analyse des accidents médicaux qui se développent afin d'améliorer le traçage des actes et leur qualité. Mais ces outils, tout comme les procédures de certification ou d'évaluation des établissements et des professionnels posent questions. Ne constituent-ils pas des limitations à l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art ? En effet, ceux-ci se voient désormais contrôlés et soumis à des procédures d'autorisation d'activité basées notamment sur la qualité de leur exercice professionnel, ce qui peut induire une pression sur le choix de leurs traitements, prises en charge et prescriptions. De même, il est possible de se demander si cela ne comporte pas des risques relatifs à leur responsabilité. Les revues d'analyse des accidents médicaux ont pour but d'analyser les causes profondes d'un accident et de dégager des recommandations pour éviter qu'un incident identique ne se reproduise, elles font également l'objet d'une traçabilité précise. Cela inquiète les professionnels qui craignent que cela ne conduise à mettre en exergue leurs fautes, que leur nom reste associé à un accident et que leur responsabilité puisse être engagée de façon rétrospective en cas de nouvel évènement indésirable les impliquant[117].

En dehors de ces éléments, cette pénalisation présente également des risques propres qui compliquent son appréhension. D'une part, elle peut avoir des conséquences très importantes sur la carrière du professionnel puisque le juge peut prononcer une interdiction d'exercer. Il faut donc s'assurer que cette sanction est le seul moyen d'empêcher de nuire et ne la prononcer qu'en dernier recours. Par ailleurs, les sanctions pécuniaires prévues par le code pénal sont également très importantes en raison de la gravité des conséquences des infractions visées. Des peines privatives de liberté peuvent enfin être retenues, leurs implications sont alors dramatiques en termes de réputation, d'exercice professionnel, de vie privée et familiale… C'est pourquoi une certaine clémence des juges s'observe dans le prononcé de peines contre des médecins ayant par exemple commis des meurtres. Le cas du docteur Bonnemaison l'illustre parfaitement, il n'a en effet été condamné qu'à deux ans de prison avec sursis, alors qu'il s'était rendu coupable d'un meurtre par euthanasie, en principe sanctionné par 30 ans de réclusion criminelle. Cependant, cette peine a été associée à une radiation du tableau de l'ordre,

[117] CHEVALIER, Pierre. Les revues d'analyse des accidents médicaux : quelles incidences sur la responsabilité médicale des médecins et soignants ? RDSS, 14 novembre 2008. Page 1080. Dalloz.fr

en effet dans ce type de situation c'est à la responsabilité ordinale de prendre le relais, son importance sera évoquée dans le second chapitre de ce titre. D'autre part, la responsabilité pénale présente des risques en ce qui concerne l'indépendance du médecin dans l'exercice de son art : il faut trouver un équilibre afin de laisser au praticien suffisamment de latitude pour ne pas créer une dès incitation à la pratique d'opérations à risque et une multiplication des formalités de sécurité, coûteuse en temps et en ressources.

En conclusion, lorsqu'un professionnel de santé est accusé d'avoir commis un délit, le crime étant exclu car nécessairement à sévèrement sanctionner, il faut réussir à trouver un équilibre entre une condamnation trop facile et une caractérisation trop difficile de la faute pénale du médecin. En effet, si la condamnation est trop facile, cela peut présenter des conséquences importantes sur la carrière du professionnel. Cette sanction atteint l'Homme derrière le professionnel, mais aussi le praticien à qui on retire le libre exercice de sa profession et le prestige qui l'accompagne. Par ailleurs, le cadre législatif de cette peine permet au juge de la prononcer facilement en fonction de la gravité des affaires. L'avantage est que cela représente une garantie pour les patients qui sont protégés de tout risque de récidive. L'inconvénient est qu'au vue de la nature du risque, les médecins soient conduits à éviter les actes dangereux, pourtant nécessaires aux soins, ou à multiplier les précautions et recours à d'autres professionnels, allongeant ainsi les délais de traitements et les coûts de santé.

II- Le développement de garanties de l'obligation déontologique d'indépendance professionnelle des médecins

Ce mouvement de pénalisation de la santé au moyen d'un recours à la responsabilité pénale s'explique par un soucis de garantie des patients contre tout risque de récidive. En effet, une condamnation pénale peut atteindre le médecin dans l'exercice de sa profession[118] : il peut être condamné à une peine principale de réclusion criminelle en cas de meurtre, empoisonnement ou viol[119] ; mais il peut également se voir appliquer une interdiction d'exercer au titre de peine complémentaire[120]. C'est une sanction à laquelle il est fréquemment fait usage en matière médicale puisque c'est l'exercice professionnel du médecin qui est à l'origine d'une infraction.

[118] Article 131-1 du code pénal.
[119] Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 septembre 2019, n°16-83324.
[120] Article 131-27 du code pénal.

De nombreux arrêts témoignent de l'importance du recours à cette peine appliquée a des : dermatologues[121] , des psychiatres[122] des neurochirurgiens[123] …

Toutefois, il y a un risque important à ce type de sanction et à son utilisation croissante, elle peut constituer une atteinte à l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art.

L'indépendance professionnelle est une obligation déontologique consacrée par l'article R4127-5 du CSP : « le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit ». Cela signifie que le médecin détermine ses actes professionnels seulement au regard de son jugement et de ses connaissances scientifiques, toujours dans l'intérêt du patient. Ce principe est aussi justifié par le fait que sa profession est entièrement tournée vers autrui, sa prise en charge et son soin, et est donc nécessairement désintéressée et caractérisée par un esprit d'altruisme, de protection des malades, d'amélioration de la santé… Il constitue donc à la fois un droit pour le médecin, qui bénéficie d'une liberté dans son exercice, et un droit pour le patient, qui est assuré que le professionnel de santé agira dans son intérêt. Il a été érigé en principe général du droit par une décision du Tribunal des conflits du 14 février 2000[124]. L'article L162-2 du Code de la sécurité sociale ajoute que « Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux ». L'existence de ce principe est justifiée par le postulat selon lequel le médecin est détenteur d'un savoir et de compétences techniques dans son domaine de spécialité, qu'il bénéficie d'une légitimité en raison de sa formation, et que l'importance de sa mission fait obstacle à ce qu'il se soumette à des intérêts matériels ou économiques dictés par une hiérarchie.

La question s'est posée de l'application du principe d'indépendance dans le cas où un médecin exerce dans une structure collective telle qu'un hôpital. En effet, en clinique privée, le médecin, même s'il exerce à titre libéral, peut être confronté à des enjeux financiers et de performance dans le cadre de l'utilisation du plateau technique et du personnel de l'établissement. S'il exerce à titre salarié, le risque est d'autant plus élevé qu'il est lié par un contrat de travail à l'hôpital employeur. Le Professeur Patrice Jourdain considère même que : « l'indépendance dans l'exercice d'une profession est jugée incompatible avec la qualité de préposé ». Toutefois, cela reste à nuancer car le médecin conserve une indépendance technique

[121] Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 3 mai 2016, n°15-84.171, inédit.
[122] Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 23 octobre 2013, n°12-84.431, inédit.
[123] Cour de Cassation, Chambre criminelle, 21 mars 2006, n°05-87.683, inédit.
[124] Tribunal des Conflits, 14 février 2000, n°00-02.929, Publié au bulletin.

puisque son commettant ne détient pas son expertise. Une deuxième situation pose question : l'article 95 du code de déontologie médicale dispose que « en aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical de la part de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie ». Or, les professionnels de santé exerçant en établissement public ou privé peuvent être soumis à des pressions par leur employeur dans le cadre de leur activité professionnelle. En effet, même s'ils ne sont pas fonctionnaires, les praticiens hospitaliers restent agents publics et à ce titre le directeur d'établissement dispose de pouvoirs sur eux en ce qui concerne le bon fonctionnement du service public hospitalier.

Par ailleurs, cette indépendance professionnelle est très liée à la responsabilité personnelle du médecin, en effet si le médecin est indépendant dans l'exercice de sa profession, les fautes commises à l'occasion de celle-ci ne peuvent en théorie être supportées par quelqu'un d'autre que lui. Le fait que l'employeur public supporte la responsabilité des fautes commises par les praticiens hospitaliers qu'il emploi s'oppose à ce principe, de même que la responsabilité de la clinique privée commettante pour les faits de ses médecins salariés préposés. C'est alors que la responsabilité pénale intervient, le principe de personnalité suppose qu'elle ne peut engendrer qu'un engagement de la responsabilité de l'auteur réel qui a agi en toute indépendance[125].

Il faut toutefois parvenir à trouver un équilibre entre une responsabilité pénale trop difficile à engager qui porterait atteinte au principe d'indépendance instauré dans l'intérêt des patients, et une responsabilité pénale trop facile à engager qui porterait également atteinte à ce principe en complexifiant l'exercice médical. Toutefois, la jurisprudence montre que les juges sont conscients de ce risque. Par exemple, dans un arrêt de la cour d'appel de Nancy du 6 mai 1999, une décision de relaxe d'un médecin a été prononcée en raison de l'incertitude du lien de causalité entre l'erreur de diagnostic commise par celui-ci et le préjudice subi par le patient. Ce choix du juge pénal peut se justifier par l'augmentation de la mise en cause de la responsabilité pénale des médecins pour atteinte involontaire à l'intégrité physique. Face à ce développement, il faut organiser une nouvelle forme de protection des médecins dont l'activité change et qui sont exposés à de nouveaux risques[126]. Ainsi les juges travaillent sur les conséquences de l'incertitude afin d'adapter leurs solutions à la protection de la victime ou du médecin. Cela s'inscrit dans une série d'adaptations destinées à faire émerger des garanties au principe d'indépendance du médecin dans le cadre du contentieux pénal. Premièrement, puisque la

[125] Conseil national de l'ordre des médecins. Code de déontologie médicale et ses commentaires. Juin 2022
[126] MISTRETTA, Patrick. De l'homicide involontaire ou des limites d'une incrimination en matière médicale. RDSS, 14 décembre 2000. Page 889. Dalloz.fr.

responsabilité pénale est porteuse de conséquences importantes pour le professionnel de santé et que l'activité médicale comporte une grande part d'aléa, la jurisprudence ne sanctionne pas systématiquement l'erreur. A ce titre, elle considère « qu'elle ne saurait constituer une faute pénale lorsqu'elle s'explique par la complexité des symptômes et la difficulté de leur constatation ou interprétation ». La même solution a été retenue dans un arrêt de la cour de cassation du 3 novembre 1988[127] qui retient que « ne constitue pas une faute pénale l'erreur commise en raison de la complexité et de l'équivoque des symptômes, ainsi que la difficulté de leur constatation et de leur interprétation ». Deuxièmement, le législateur a modifié sa définition de la causalité afin de s'adapter à l'usage strict qu'en faisaient les juges. La loi Fauchon du 10 juillet 2000 a distingué deux types de causalité : la causalité directe, qui suppose que dès lors que la certitude de la causalité entre la faute et le dommage est établie, la faute engage la responsabilité pénale de son auteur ; et la causalité indirecte, qui repose sur l'idée que si la causalité ne peut pas être directement établie, une faute qualifiée est exigée, ce qui atténue la responsabilité pénale de l'auteur. La faute qualifiée renvoie d'une part à la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou sécurité ; et d'autre part à la faute caractérisée qui repose sur l'exposition du patient à un risque d'une particulière gravité que le praticien ne pouvait ignorer. Ainsi, la causalité directe étant difficile à caractériser en matière médicale, c'est la causalité indirecte qui joue le plus grand rôle. Sa définition restrictive permet de limiter l'engagement de la responsabilité pénale des médecins à des situations où une faute professionnelle a été commise et où le médecin a agi de façon dangereuse sous un aspect moral.

En conclusion, la responsabilité pénale constitue une solution efficace aux vides laissés par le seul recours à la responsabilité réparatrice. L'auteur réel de le faute est sanctionné et sa responsabilité personnelle est engagée, ce qui favorise la protection des malades contre le risque de récidive. Néanmoins, elle présente également des limites en raison de la particularité de l'activité médicale et des obligations des professionnels de santé. Son articulation avec l'obligation déontologique d'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art est parfois délicate. Il faut donc adapter continuellement les solutions jurisprudentielles à l'espèce et développer des garanties. Les responsabilités ordinales et disciplinaires constituent le complément idéal à cette responsabilité, leurs enjeux sont tournés vers l'exercice professionnel de la médecine, ce qui permet une mise en œuvre protectrice de l'activité médicale.

[127] Cour de Cassation, Chambre criminelle, 3 novembre 1988, n°87-82.088, Publié au bulletin.

Chapitre 2 : Une protection de l'ensemble de la profession de médecin grâce aux responsabilités ordinales et disciplinaires

La responsabilité pénale permet de rééquilibrer les rapports entre le médecin auteur d'un acte dommageable constitutif d'une infraction pénale, et la victime. Toutefois, les procédures juridictionnelles peuvent manquer de rapidité, ce qui est problématique lorsque les situations ont vocation à évoluer rapidement comme en matière médicale. Par ailleurs, deux acteurs du contentieux médical indispensables au fonctionnement du système de santé voient leurs intérêts ignorés : les établissements de santé et la communauté des médecins. Il est donc nécessaire de disposer de sanctions disciplinaires atteignant directement l'exercice professionnel pour mieux préserver les malades et les hôpitaux (Section 1). Il faut également s'intéresser à la modernisation du régime de responsabilité ordinale, visant à garantir le respect de la déontologie médicale (Section 2).

Section 1 : Des sanctions disciplinaires atteignant directement l'exercice professionnel pour mieux préserver les malades et les structures hospitalières

Dans un premier temps, il conviendra de s'intéresser au régime de responsabilité disciplinaire des médecins exerçant en hôpital (I), puis dans un second temps, il faudra envisager de quelle manière il complète la responsabilité médicale à visée réparatrice (II).

I- Une responsabilité disciplinaire particulière s'agissant des médecins hospitaliers

La responsabilité pénale permet de combler certaines lacunes de la responsabilité civile, telles que la nécessité de faire peser la charge de ses actes sur le véritable auteur d'une infraction ayant causé un préjudice, ou encore la nécessité de sanctionner le professionnel de santé afin d'éviter une récidive. Toutefois, comme précédemment démontré, ce type de responsabilité comporte également des risques et s'avère inefficace dans l'appréhension de certaines situations. En effet, la condition de son engagement est la commission d'une infraction pénale, or c'est rarement le cas. Lorsque les médecins causent des préjudices, leurs actes sont majoritairement des atteintes à la déontologie médicale ou à leurs obligations professionnelles, qui ne sont par conséquent pas susceptibles d'entraîner une sanction pénale. C'est alors que la responsabilité disciplinaire intervient, afin de ne pas laisser impunis certains comportements

dangereux et ayant des conséquences sur le fonctionnement du service public hospitalier ou de l'établissement. Parmi les lacunes de la responsabilité civile, on retrouve l'impossibilité d'empêcher un médecin de continuer à exercer dans l'établissement s'il ne fait pas l'objet de poursuites pénales, de même que le transfert de la charge de la responsabilité sur tout l'hôpital lors de la caractérisation d'une faute de service. La responsabilité disciplinaire vient ici compléter la responsabilité réparatrice à l'égard de l'employeur, l'hôpital public ou privé.

Tout d'abord, il convient de s'intéresser à la responsabilité disciplinaire des agents publics vis-à-vis de l'hôpital public. Les praticiens hospitaliers peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires de la part de leur employeur en cas de faute, comme prévu par l'article R6152-74 du CSP. Ce n'est pas le directeur de l'établissement public de santé lui-même qui prononce la sanction, en effet il n'existe pas de lien de subordination entre les praticiens hospitaliers et le directeur d'hôpital. C'est le Centre National de Gestion (CNG) après avis de la Commission médicale d'établissement, et parfois du Directeur général de l'Agence régionale de santé (ARS), qui prononce la sanction. En effet c'est bien le CNG qui assure la gestion statutaire des praticiens hospitaliers. Cela permet de garantir l'indépendance professionnelle des médecins. La procédure disciplinaire est indépendante des procédures civiles, pénales et ordinales, ce qui permet au directeur d'hôpital de protéger les intérêts de son établissement et du service sans être soumis à l'engagement d'une action en responsabilité par un tiers, à la commission d'une faute pénale ou disciplinaire, ou à la réalisation d'un dommage. Cependant, seules certaines fautes permettent l'engagement de la responsabilité disciplinaire du praticien hospitalier : le manquement aux obligations du service public, tel que le refus de rejoindre son poste[128] ; le manquement aux obligations professionnelles, tel que la délivrance de médicaments sans examen préalable[129] ; et les irrégularités financières et comptables. Il faut donc que les fautes du praticien portent atteinte à l'établissement public de santé dans son fonctionnement, sa réputation ou son organisation. Il est clairement établi qu'ici ce sont des fautes d'une nature particulière qui sont visées. Elles doivent démontrer un comportement répréhensible sur le plan professionnel, qui revêt un aspect moral lié au non-respect de la profession de médecin et aux obligations du service public hospitalier. Si l'objectif premier est bien de protéger l'établissement et la profession, de façon secondaire cela permet également une protection des patients. Cet enjeu sous-tend tous les aspects de la responsabilité médicale, même lorsque les malades ne sont pas eux-mêmes impliqués dans le contentieux et n'en supportent pas

[128] Conseil d'État, 11 février 1983, n°26575 26786, Publié au recueil Lebon.
[129] Conseil d'État, 17 décembre 1948, Sieur Meyer Téboul, Publié au recueil Lebon.

directement les conséquences. L'idée est toujours d'assurer la sécurité et la qualité des soins et des prises en charge, ici depuis la source, dans un soucis de protection du droit à la protection de la santé. Par ailleurs, les professeurs d'université exerçant des fonctions de praticiens hospitaliers et universitaires font l'objet d'une procédure distincte, caractérisée par des garanties renforcées contre les atteintes à leur indépendance. Elle est régie par les décret du 24 février 1984[130] et du 13 décembre 2021[131]. Elle se déroule devant la juridiction disciplinaire des personnels enseignants hospitaliers et suppose la saisine conjointe par l'université et l'hôpital des ministères chargés de l'enseignement et de la santé.

L'article R6152-77 du CSP prévoit que le CNG dispose du pouvoir de suspendre immédiatement un praticien hospitalier faisant l'objet d'une procédure disciplinaire dans l'intérêt du service. C'est une mesure très grave qui nécessite normalement l'avis du Directeur général de l'ARS. Il est possible d'aller encore plus loin puisque le directeur d'hôpital peut lui-même suspendre en urgence le praticien en attendant la décision de l'organe disciplinaire. Il n'a pas à attendre la décision du CNG et l'avis du Directeur général de l'ARS. C'est dangereux en raison de l'atteinte directe au droit d'exercer du professionnel de santé et donc à son indépendance, mais cette mesure permet d'éviter tout risque de nouveau dommage et de protéger les victimes. La suspension du praticien hospitalier relève alors de la responsabilité propre du directeur de l'établissement dans le cadre de ses pouvoirs de police, c'est une garantie très efficace contre des décisions de suspension arbitraire car elle n'engage pas que la responsabilité du médecin et met également personnellement en péril l'employeur public. Les conditions à réunir sont l'urgence de la situation et l'intérêt du service, il s'agit d'une mesure conservatoire qui doit être justifiée par des motifs graves : il doit être démontré que la réintégration du praticien dans l'établissement menacerait sérieusement le bon fonctionnement du service, la qualité et la sécurité de la prise en charge. Si les conditions sont strictes, cela reste tout de même un pouvoir très important qui est conféré au chef d'établissement depuis un arrêt du CE du 1er mars 2006[132]. Ainsi, la pratique va dans le sens d'une facilitation de l'action afin de réagir rapidement et d'assurer au mieux la protection des malades. Néanmoins, c'est une décision très grave pour le professionnel de santé, qui ne bénéficie pas de grandes garanties dans son application puisque le CNG n'a aucun pouvoir contre cette suspension. L'établissement pourrait y voir une possibilité de créer un de partage de responsabilité avec le

[130] Décret n°84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires, JORF du 25 février 1984.
[131] Décret n° 2021-1645 du 13 décembre 2021 relatif au personnel enseignant et hospitalier des centres hospitaliers et universitaires, JORF n° 0291 du 15 décembre 2021.
[132] Conseil d'État, 5ème et 4ème SSR, 1er mars 2006, n°279822, mentionné aux tables du recueil Lebon.

praticien hospitalier, après avoir été lui-même déclaré civilement responsable d'un dommage commis par le médecin dans le cadre de ses fonctions[133].

Ensuite, il faut mentionner la responsabilité disciplinaire des médecins salariés vis-à-vis des cliniques privées les employant. Les établissements de santé privé à but non lucratif se voient appliquer la convention FEHAP du 31 octobre 1951[134], les sanctions diffèrent légèrement de celles applicables aux praticiens hospitaliers. Les établissements à but lucratif appliquent quant à eux la convention nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002[135]. La procédure est codifiée dans le Code du travail depuis la loi Auroux du 4 août 1982[136]. Si les sanctions varient, les faits visés sont les mêmes : dans les mêmes hypothèses que l'établissement de santé public, excepté le manquement aux obligations de service public, l'établissement privé peut engager une action disciplinaire contre l'un de ses médecins salariés, qui bénéficiera dans ce cadre des mêmes garanties que l'agent public. Toutefois, certains vides sont remarquables en la matière, qu'en est-il par exemple des établissements privés exerçant des activités de service public hospitalier ? En pratique, les employeurs privés engagent des procédures disciplinaires à l'encontre de leurs médecins salariés ayant manqué à leurs obligations de service public de la même façon que dans les hôpitaux publics. Mais l'absence de cette mention laisse à penser que toutes les particularités de l'activité hospitalière privée ne sont pas prises en compte. Il en va de même s'agissant de l'exercice libéral en clinique privée, l'établissement ne dispose d'aucun moyen de sanctionner les médecins libéraux utilisant leur plateau technique et leur personnel si ceux-ci portent atteinte au service public hospitalier ou à la profession médicale. L'extrême indépendance des médecins libéraux les protège de toute responsabilité vis-à-vis de la clinique dès lors qu'aucun dommage ne résulte de leurs activités ou que la victime ne se manifeste pas. Il est primordial d'envisager la responsabilité médicale en se fondant sur la profession de médecin en elle-même et ses implications, plutôt que sur son mode d'exercice. Les enjeux, motivations et problématiques restent identiques, appréhender différemment les situations conduit inévitablement à des inégalités de traitement entre les demandeurs de soins.

[133]CNG. Guide des Situations individuelles complexes des praticiens hospitaliers. Février 2023.
[134] Convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951. IDCC 29.
[135] Convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002, IDCC 2264.
[136] Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JORF du 6 août 1982.

II- Un régime disciplinaire complémentaire à celui de la responsabilité hospitalière à visée réparatrice

Les responsabilités civiles, administratives, pénales, disciplinaires et ordinales constituent les rouages d'un large mécanisme de responsabilité médicale répondant à différents besoins, mobilisant une variété d'acteurs à différents niveaux de responsabilité et comprenant des enjeux divers. Mais la responsabilité médicale ne peut pas être envisagée dans sa globalité au risque de ne pas en saisir toute la matière et d'appliquer de façon incomplète les régimes juridiques la composant. Il convient de distinguer tout d'abord deux types de responsabilités en son sein, visant des finalités distinctes : les responsabilités à visée réparatrice, qui sont les responsabilités civiles et administratives ; et les responsabilités à visée sanctionnatrice, qui renvoient aux responsabilités pénales, disciplinaires et ordinales. Les responsabilités à visée réparatrice déjà évoquées supposent qu'une victime ait subi un dommage et que son responsable le répare. Elles ne sont pas cumulables car la victime ne peut obtenir réparation que du montant du préjudice subi, or cumuler ces deux régimes reviendrait à lui octroyer une double réparation. Parallèlement, les responsabilités sanctionnatrices visent la sanction de l'auteur d'une faute pénale, disciplinaire ou ordinale. Elles s'intéressent à l'auteur plus qu'à la victime, ce qui leur permet de pallier à certaines insuffisances des responsabilités à visée réparatrice. Par ailleurs, ces régimes de responsabilité peuvent tout à fait se cumuler car ils ne supposent pas la commission des mêmes faits : la responsabilité pénale est mobilisable lorsqu'une infraction pénalement répréhensible a été commise, cela renvoie à un crime ou un délit tel que le meurtre, le viol, le manquement à une obligation particulière de sécurité… C'est alors le ministère public, donc l'Etat représentant la société dans son ensemble qui est atteint et qui agit contre le médecin. L'objectif de la responsabilité pénale est de protéger la société des agissements d'un individu considéré comme dangereux. Cette responsabilité vient au soutien de la responsabilité réparatrice en ce qu'elle permet la sanction du réel responsable, mais elle présente elle aussi des lacunes : d'une part, la condition d'une infraction pénale est difficile à remplir ; et d'autre part, la personne déclarée civilement responsable des actes du médecin est souvent l'hôpital, or le droit pénal ne permet pas de rééquilibrer les rapports entre le véritable auteur du dommage et la personne désignée comme responsable. C'est pourquoi la responsabilité disciplinaire apparaît comme un recours salutaire pour les établissements de santé.

En effet les fautes disciplinaires sont plus faciles à caractériser puisqu'elles résident en des manquements plus large. Ces qualifications sont également indépendantes des notions de fautes de service et de fautes personnelles irriguant le régime de la responsabilité civile. Le médecin

fautif ne peut donc pas se dissimuler derrière la responsabilité de l'établissement pour des faits commis dans le cadre de son exercice professionnel à l'hôpital, et ce sont ces actes qui pourront conduire à un engagement de sa responsabilité disciplinaire. De même, c'est une action qui appartient à l'établissement de santé employant le professionnel, il n'a donc pas à attendre une plainte ou l'engagement d'une action publique pour entamer la procédure. L'établissement de santé n'est donc pas soumis à l'appréciation des juges, qui peuvent varier selon le tribunal saisi puisque, par exemple les juges judiciaires sont plus enclins à retenir une faute personnelle que les juges administratifs. Cela permet par la même d'éviter une différence de traitement selon que l'établissement de santé soit public ou privé. Cette responsabilité permet à l'hôpital de pourvoir à ses propres intérêts, de rétablir lui-même l'équilibre qui a pu être renversé à l'occasion d'une action en responsabilité civile ou administrative et de protéger son fonctionnement, son organisation, sa réputation et ses usagers. Un des avantages de cette procédure est qu'elle est directe et rapide, à la différence d'une procédure purement juridictionnelle, qui est soumise aux délais parfois très longs des tribunaux. Elle est régie par la loi Le Pors du 13 juillet 1983[137] et le décret du 7 novembre 1989[138]. La première étape est une alerte au CNG émise par l'ARS, le préfet de département, le directeur de l'hôpital concerné, les organisations syndicales… par tout moyen. Ainsi, il est très aisé pour le directeur de l'établissement d'engager une procédure disciplinaire contre l'un de ses praticiens. C'est ensuite le CNG qui dirige la procédure et un conseil de discipline qui examine les faits et prononce une sanction disciplinaire. Ces institutions étant en partie composées de professionnels de santé, leurs décisions sont réellement adaptées à l'organisation du service public hospitalier et à la particularité de l'activité médicale, au contraire de certaines mesures pénales. En effet sont distinguées quatre groupes de sanctions en fonction de la gravité des faits : le quatrième groupe comprend la révocation et la mise à la retraite d'office ; le troisième groupe l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de 2 ans et la rétrogradation au grade inférieur ; le deuxième groupe l'exclusion temporaire pour une durée maximale de 15 jours, l'abaissement d'échelon et la radiation du tableau d'avancement ; et le premier groupe l'exclusion temporaire pour une durée maximale de 3 jours, le blâme et l'avertissement. Ce sont donc bien des sanctions atteignant strictement l'exercice professionnel du médecin et qui sont très malléables afin de s'adapter aux faits, en protégeant les patients et

[137] Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983.
[138] Décret n°89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière, JORF du 9 novembre 1989.

l'hôpital tout en maintenant au maximum le professionnel dans ses fonctions[139]. Cette procédure, même si elle peut être à l'initiative du directeur d'hôpital et vise à protéger le service, est gérée par le CNG, qui est l'autorité chargée de la gestion de la carrière des médecins.

Toutefois, il existe certaines situations permettant au directeur de l'établissement de santé de prendre lui-même une sanction applicable à l'un de ses médecins. En effet, dans la sous partie précédente, a été évoquée la possibilité pour le directeur d'hôpital de suspendre en urgence le praticien, en attendant la décision de l'organe disciplinaire juridictionnel depuis une décision du CE du 1er mars 2006[140]. Cette mesure conservatoire n'est possible qu'en cas d'urgence et ne peut être prise que dans l'intérêt du service par le chef d'établissement en vertu de ses pouvoirs de police administrative[141]. Elle redonne un grand pouvoir à l'établissement. Le directeur de l'établissement peut par exemple prendre une telle mesure lorsque « de graves dysfonctionnements en raison du niveau insuffisant de l'équipe de chirurgie et de son encadrement ainsi que de la perte de confiance des médecins correspondants entraînent une réduction importante de l'activité du service ; que les taux de mortalité, de complications opératoires et de ré interventions constatés dans ce service, […], étaient supérieurs aux chiffres habituels ; que cette situation, qui compromettait de manière grave et imminente la continuité du service et faisait courir des risques à la santé des patients »[142]. Cela permet de protéger directement l'établissement contre les conséquences des actes de son agent, et de garantir le respect des droits des usagers et leur sécurité. Il est toutefois étonnant d'avoir mis à disposition du directeur d'hôpital une mesure susceptible de bloquer aussi radicalement et immédiatement l'exercice professionnel d'un médecin, alors même qu'il n'est pas le supérieur hiérarchique des praticiens hospitaliers. Par ailleurs, le professionnel de santé suspendu bénéficie de peu de garanties, le CNG n'ayant aucun pouvoir contre elle. La question peut alors se poser d'un risque d'utilisation abusive de ce pouvoir par le directeur d'hôpital. L'établissement de santé ne pourrait-il pas recourir à cette mesure après avoir été lui-même déclaré civilement responsable d'un dommage commis par un professionnel de santé dans ses fonctions, afin de créer une sorte de partage de responsabilité ? En effet, dans l'hypothèse où un médecin commet une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, l'établissement peut voir peser sur lui l'entière responsabilité d'un dommage sur lequel il n'a eu aucun pouvoir. Cela pourrait conduire

[139] CNG. La procédure disciplinaire. cng.sante.
[140] Conseil d'État, 5ème et 4ème SSR, 1er mars 2006, n°279822, mentionné aux tables du recueil Lebon.
[141] Article R6152-23 du Code de la santé publique.
[142] Cour administrative d'appel de Douai, 3e chambre, 22 juin 2006, n°04DA00212, inédit au recueil Lebon.

le directeur d'hôpital à envisager une autre façon de sanctionner le médecin et l'obliger à supporter sa part de responsabilité[143]. Toutefois, cette situation ne s'est jamais présentée et un tel raisonnement semble fantaisiste au regard des contraintes pesant sur les hôpitaux en matière de ressources humaines et des conditions de suspension d'un praticien.

Néanmoins, au-delà de l'hypothèse de la suspension à titre de mesure conservatoire, la responsabilité disciplinaire peut tout de même permettre une sorte de partage de responsabilité entre l'hôpital et le médecin en cas de préjudice d'un patient. Elle permet en effet à l'établissement dont la responsabilité aurait été engagée au titre d'une faute du professionnel de sanctionner celui-ci pour un manquement à ses obligations de service public ou à ses obligations professionnelles. Cependant, elle ne permet pas d'obtenir réparation de la part du dommage causé par le médecin comme le fait un recours récursoire, il sera simplement possible de prononcer une sanction limitant l'exercice professionnel de celui-ci. Par ailleurs, les fautes visées dans ce cadre sont strictement limitées et appréciées au cas par cas, et le médecin dispose d'un recours contre la décision du CNG. Une utilisation abusive de cette mesure est donc à exclure. De même, les établissements recourent peu à la procédure disciplinaire. En effet, l'activité médicale est déjà suffisamment en tension, les professionnels de santé manquent et l'accès aux soins est de plus en plus difficile à assurer. Il vaut donc mieux pour les hôpitaux ne pas agir contre leurs propres médecins au risque de porter atteinte à leur activité. C'est alors qu'intervient la responsabilité ordinale des professionnels de santé. Son application est en effet fondée sur la profession du médecin, les considérations relatives au fonctionnement des établissements de santé n'entravent donc pas sa mobilisation. Il permet de compléter parfaitement l'action des responsabilités à visées réparatrices et sanctionnatrices déjà évoquées.

Section 2 : Une modernisation du régime de responsabilité ordinale afin de garantir le respect de la déontologie médicale

Traditionnellement, le contentieux ordinal faisait l'objet d'un traitement distinct des autres contentieux de la responsabilité médicale en raison du risque direct pour la profession médicale qu'il comportait (I). Cependant, le jugement par les pairs qui le caractérise a suscité des questionnements en termes de partialité et de risques de conflits d'intérêts, une adaptation de certains aspects de ce contentieux a donc eu lieu (II).

[143] Guide des Situations individuelles complexes des praticiens hospitaliers. CNG. Février 2023.

I- Un enjeu de mise en péril de la profession médicale justifiant l'exclusion traditionnelle des patients du contentieux

La déontologie renvoie à l'ensemble des principes qui vont guider un individu dans l'exercice de sa profession. Si on l'applique plus particulièrement à la profession médicale, « au sens strict, la déontologie est l'étude des devoirs qui incombent aux médecins dans l'exercice de leur profession. Ainsi la déontologie tend elle à se confondre avec les usages et les traditions fixant les règles d'exercice de la profession »[144]. C'est une règle empirique, elle n'est fondée ni sur une méthode ni sur un système, et pragmatique, elle s'appuie sur des faits, sur l'expérience pratique. C'est la référence de comportement qui est fournie aux médecins dans l'exercice de leur art. Ces règles déontologiques sont regroupées dans le Code de déontologie médicale issu du décret du 6 septembre 1995[145] et codifié aux articles R4127-1 et suivants du CSP. La déontologie est une application règlementée de la morale professionnelle à la profession médicale, les médecins ont été la première profession à s'appliquer une telle morale. En effet, au 18ème siècle a eu lieu une prise de conscience relative aux enjeux sanitaires et à la désorganisation qui caractérisait la médecine à l'époque. La profession médicale, qui était alors majoritairement libérale, a cherché à se doter d'une vertu afin de garantir un exercice professionnel désintéressé et indépendant. C'est afin de protéger cette vertu qu'une morale professionnelle a dû être mise en place. La déontologie est assimilée à la morale mais trouve sa source dans l'éthique. Les médecins sont la profession à laquelle les grands principes éthiques s'appliquent le plus évidemment. Autonomie, bienfaisance, non malfaisance et justice se retrouvent explicitement dans le Code de déontologie médicale à travers des obligations déontologiques : l'indépendance professionnelle, la liberté de prescription, le respect de la vie et de la dignité de la personne, les principes de moralité et de probité… La procédure ordinale étant la procédure appliquée au professionnel de santé en cas de manquement à ces principes déontologiques, elle est fortement imprégnée de considérations éthiques et doit comprendre des garanties adaptées à l'activité visée. L'activité médicale se distingue en effet des activités exercées par les autres professions soumises à un code de déontologie en ce qu'elle touche directement au corps, à la vie et à la dignité des patients.

[144] SAVATIER René ; PEQUIGNOT Henri ; AUBY Jean-Marie ; SAVATIER Jean. Traité de droit médical. Revue internationale de droit comparé. 1956.
[145] Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, JORF n° 0209 du 8 septembre 1995.

La procédure ordinale, issue du décret du 26 mars 2007[146], est indépendante des procédures de responsabilité civile, administrative, pénale ou disciplinaire. L'acte d'un médecin peut évidemment conduire à l'engagement parallèle de plusieurs de ces responsabilités et au prononcé de plusieurs sanctions s'il a dans le même temps causé un dommage, commis une faute civile constitutive d'une infraction pénale et violé ses obligations déontologiques et professionnelles dans le cadre du service public hospitalier. Toutefois, même en l'absence de condamnation civile ou pénale, un médecin peut se voir appliquer une sanction ordinale. En effet, les fautes susceptibles de conduire à l'engagement de la responsabilité ordinale d'un professionnel de santé ne sont pas définies, ce sont donc les juridictions ordinales qui apprécient *in* concreto les faits ayant porté atteinte à la profession médicale. C'est un fonctionnement qui s'oppose au principe de légalité des délits et des peines, mais la déontologie étant totalement indépendante du droit pénal, c'est autorisé et justifié par la nature de l'activité en cause et les enjeux du contentieux ordinal. Au regard de la jurisprudence déontologique, plusieurs types de fautes se dégagent malgré tout : tout d'abord les manquements à la déontologie médicale de façon générale, comprenant par exemple les fautes éthiques, tel que dans l'arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1993 Milhaud[147], où un médecin n'avait pas respecté le consentement d'un patient post mortem, portant ainsi atteinte au droit au respect de sa dignité ; ou encore les manquements aux règles de confraternité. Ensuite, les atteintes à l'honneur ou la réputation de la profession et les manquements à la probité ou aux bonnes mœurs, que ce soit dans un cadre privé ou professionnel. Enfin, dans certains cas très particuliers les fautes techniques peuvent engager la responsabilité ordinale d'un médecin : cela renvoie principalement à une « utilisation inconsidérée d'une thérapeutique injustifiable et dangereuse »[148]. Cela caractérise en réalité des fautes éthiques puisque le professionnel viole ici certaines de ses obligations déontologiques. Ainsi, la nature des fautes visées illustre l'enjeu du contentieux ordinal : la sanction d'un médecin ayant porté atteinte à sa profession en premier lieu. C'est la communaute médicale qui subit les conséquences du comportement fautif : il est incompatible avec les motivations intrinsèques des soignants de manière générale, et avec les principes fondamentaux du droit de la santé. À l'image des fautes, les sanctions sont ici adaptées à la nature de l'exercice médical, à ses risques et ses implications parfois divergentes. L'article 4124-6 du CSP les énonce : l'avertissement ; le blâme ; l'interdiction temporaire ou permanente d'exercer tout ou partie des

[146] Décret n° 2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, JORF n° 0073 du 27 mars 2007.
[147] Conseil d'Etat, Assemblée, 2 juillet 1993, n°124960, publié au recueil Lebon.
[148] Conseil d'État, 23 février 1990, n°76453, publié au recueil Lebon.

fonctions de médecin et la radiation du tableau de l'ordre. Ces sanctions, comme les sanctions disciplinaires, atteignent le médecin dans son exercice professionnel afin de l'empêcher de nuire à nouveau aux patients, à l'établissement et à la profession toute entière. Sa réputation et sa personne sont atteintes. Elles sont beaucoup plus dangereuses pour les professionnels que des condamnations civiles ou pénales à verser des dommages et intérêts à une victime ou une amende à l'État, ce qui rend la procédure déontologique plus efficace s'agissant de la protection des malades. L'aspect dissuasif est également central en la matière.

Les sanctions sont très graves et les enjeux poursuivis sont particuliers, le contentieux ordinal ne peut donc pas faire l'objet de la même règlementation que le contentieux médical civil ou pénal. Une seule juridiction est compétente pour tous les médecins inscrits au tableau de l'ordre, indifféremment de leur mode d'exercice libéral ou salarié, et de leur activité en établissement public ou privé, évitant ainsi les risques de divergences de courants jurisprudentiels entre les établissements publics et privés. Les chambres régionales de première instance sont composées de conseillers ordinaux, qui sont des médecins élus. Les professionnels visés par une plainte sont donc jugés par leurs pairs. À cet égard, il est visible que la responsabilité ordinale ne se concentre ni sur le patient ni sur l'établissement et traite de façon identique tous les médecins. L'égalité stricte entre les médecins exerçant dans les secteurs publics et privés induit par la même une égalité entre les usagers, ce qui satisfaisant d'un point de vue éthique. Un jugement par des médecins a pour avantage d'être doté d'une expertise et d'une appréciation contextualisée et rationnelle des faits. Les médecins connaissent les réalités de cette profession mieux que personne et sont donc les plus à même d'adapter les sanctions à ses particularités. Cela permet de favoriser des décisions équilibrées avec une prise en compte des difficultés des médecins d'une part, et des nécessités de protection des patients d'autre part.

La procédure ordinale complète le régime de responsabilité civile et permet un semblant de partage de responsabilité sur le même modèle que la responsabilité disciplinaire puisque, même si l'hôpital a pu être déclaré responsable d'une faute commise par l'un de ses praticiens, celui-ci pourra tout de même faire l'objet de sanctions disciplinaires. Le risque de récidive est donc réduit, et les patients et l'établissement sont protégés. Toutefois, les fautes disciplinaires recouvrent en pratique des comportement souvent constitutifs de fautes personnelles, il est donc invraisemblable que cette construction existe, sauf en cas de nette divergence d'appréciation des faits par les juges administratifs ou judiciaires et les conseillers ordinaux. De même, la responsabilité ordinale ne permet pas aux victimes d'être reconnues comme telles, son objectif étant la préservation de la profession médicale. Seule la responsabilité pénale a ce pouvoir, d'où

l'importance de recourir de façon complémentaire aux responsabilités pénales, disciplinaires et ordinales pour protéger : la victime, l'institution de santé et la profession médicale. Par ailleurs, si le jugement des médecins par leurs pairs présente des avantages, tels que la nécéssaire absence de toutes considérations financières ou liées à la performance, elle montre tout de même certaines limites. En effet, il présente un risque de partialité et de conflit d'intérêt, il s'oppose au principe selon lequel il est impossible d'être à la fois juge et parti d'une situation.

II- Un jugement par les pairs induisant un risque de partialité

Les médecins sont soumis à des principes déontologiques particuliers, qui imposent des adaptations au niveau du contentieux de leur activité. À titre d'exemple, le principe d'indépendance, contenu dans l'article 5 du code de déontologie médicale, fait obstacle à l'existence d'une hiérarchie dans l'exercice professionnel du médecin. En effet, « Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit ». Cela implique qu'il ne puisse pas être soumis à des impératifs de performance et que son activité ne puisse pas être conditionnée par des considérations financières. De même, cela fait obstacle à l'exercice d'une autorité par l'employeur, établissement de santé public ou privé, sur le médecin. Celui-ci ne peut pas non plus le sanctionner ou influencer son activité professionnelle, par exemple en imposant un mode d'organisation de son exercice ou le choix de certaines prescriptions… Cela s'opposerait dans le même temps à d'autres obligations déontologiques du médecin : la liberté d'installation et la liberté de prescription. Par conséquent comme déjà évoqué, le contentieux disciplinaire, s'il peut être initié par le directeur de l'hôpital dans lequel exerce un médecin, n'est pas conduit par lui, et la décision revient au CNG. C'est suivant la même logique que le contentieux ordinal a été organisé de façon à permettre un jugement des médecins par les médecins eux-mêmes. Comme développé dans le paragraphe premier de cette section, ce fonctionnement est largement justifié par le principe d'indépendance et par les particularités de l'exercice médical. Des individus extérieurs à cette profession ne pourraient en effet en comprendre tous les tenants et aboutissants. Une prise de décision par des conseillers ordinaux permet de garantir des solutions justes à tout point de vue, adaptées aux difficultés d'exercice et protectrices des droits en tension ici.

La gravité des sanctions susceptibles d'être prononcées dans le cadre d'un engagement de la responsabilité ordinale d'un médecin justifie une ouverture restreinte de cette procédure. Le risque réside notamment dans l'atteinte directe à la profession de médecin, l'article R4126-1 du

CSP liste donc limitativement les personnes autorisées à saisir la chambre disciplinaire : les conseils nationaux ou départementaux de l'ordre à leur initiative ou à la suite de plaintes de patients, de l'assurance maladie obligatoire, d'associations… ; le ministre de la santé, les préfets, le Directeur Général de l'ARS, les procureurs de la république ; et les syndicats et associations de praticiens. Initialement, les patients ne pouvaient pas être partis à l'instance disciplinaire. Cette situation était justifiée par les enjeux poursuivis dans le cadre du contentieux ordinal : une protection de la communaute professionnelle des médecins et non des patients. Bien que les droits et la sécurité de ceux-ci puissent être atteints en cas de faute déontologique, l'objectif est ici d'empêcher le professionnel de nuire à nouveau à la réputation des médecins et à leurs missions. Les droits des malades quant à eux, sont traditionnellement protégés par la mobilisation des responsabilités civiles et administratives qui leur permettent d'obtenir réparation d'un dommage. Cependant, ces types de responsabilités ont montré leurs limites et il s'est fait sentir une nécessité de compléter leur action au moyen des responsabilités à visée sanctionnatrice. C'est pourquoi une adaptation de l'application du régime de responsabilité ordinale s'observe depuis quelques années. En effet, celle-ci a fait l'objet de critiques relatives à sa partialité et à son efficacité. Les juridictions ordinales sont composées de conseillers ordinaux, or ceux-ci sont des médecins élus. Par conséquent, les médecins visés par des plaintes se trouvent jugés et sanctionnés par leurs pairs. Il y a bien une obligation d'impartialité et de neutralité des conseillers ordinaux, ils doivent exercer leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité[149]. Néanmoins, il existe un risque de conflit d'intérêt si la chambre disciplinaire comprend des conseillers ordinaux connaissant le professionnel de santé visé. Des garanties existent à cet égard : le code pénal sanctionne les atteintes au devoir de probité des personnes chargées d'une mission de service public tel que les conseillers ordinaux, notamment la prise illégale d'intérêts, « consistant pour un élu ordinal, à avoir un intérêt quel qu'il soit, matériel ou moral, dans une opération réalisée alors qu'il a une part dans le processus de décision relatif à cette opération ». De même, « l'élu ordinal ne doit pas se servir de ses fonctions à d'autres fins que cette mission »[150]. Ainsi, une obligation particulière de prévention des conflits d'intérêt pèse sur les conseillers ordinaux, ils doivent s'abstenir de « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »[151]. Cette obligation

[149] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n° 0238 du 12 octobre 2013.
[150] Article R4127-27 du Code de la santé publique.
[151] Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, JORF n° 0094 du 21 avril 2016.

impose au conseiller ordinal de « s'abstenir de siéger, dès lors que la question à traiter concerne une personne avec laquelle il a des liens personnels étroits ou porte sur une opération dans laquelle il a un intérêt ». Ainsi, des garanties importantes existent afin de pallier au risque de partialité, mais celles-ci peuvent être difficiles à appliquer en pratique en raison du sentiment d'appartenance important qui caractérise la communaute médicale. Les professionnels de santé se connaissent, par contact ou par réputation, il n'est donc pas aisé de s'assurer qu'il n'existe aucun lien entre les conseillers ordinaux et les médecins dont la responsabilité est mise en cause.

Les acteurs de ce contentieux sont en majeure partie des offreurs de soins : les syndicats de médecins, les hôpitaux… Ils n'ont donc pas d'intérêt à voir leurs confrères, préposés ou agents sanctionnés par une limitation ou une interdiction d'exercice professionnel. Seules les autorités de tutelle ont ici une vision totalement extérieure à la situation, leur pouvoir de saisine de l'autorité disciplinaire est donc fondamental, mais il est insuffisant. En effet, les malades qui subissent directement les conséquences d'un manquement à la déontologie médicale, ne pouvaient initialement pas agir dans ce cadre. Initialement, les victimes avaient la possibilité d'adresser une plainte contre un médecin au Conseil Départemental de l'ordre des Médecins, mais c'était ensuite celui-ci qui disposait du pouvoir de saisir la chambre disciplinaire pour engager une procédure contentieuse. La victime n'était pas partie à l'instance. Néanmoins, le CE a considéré que les articles L 4123-2 et L 4122-3 du CSP conféraient à l'auteur de la plainte la qualité de partie à l'instance[152]. Cette qualité a ouvert parallèlement le droit à la victime de se pourvoir en cassation contre une décision de la chambre disciplinaire de l'Ordre National des Médecins. Cela permet donc aux victimes d'être désormais reconnues comme telles. Le risque d'une décision insuffisamment sévère ou protectrice de la chambre disciplinaire se trouve également considérablement diminué par la possibilité pour l'auteur d'une plainte de se pourvoir en cassation contre celle-ci. Cela permet donc à la fois une meilleure protection des victimes contre le risque de récidive, et une meilleure protection de la profession médicale dans son entièreté. Ainsi, la procédure ordinale se trouve encadrée par les mêmes garanties que la procédure juridictionnelle civile ou pénale.

D'autres garanties entourent le contentieux ordinal afin de se prémunir contre les risques qu'il comporte. Tout d'abord, les conseillers ordinaux sont élus, ce qui permet de respecter les enjeux liés à la démocratie sanitaire dans les ordres professionnels et de s'assurer que le pouvoir important dévolu à ceux-ci soit exercé par les professionnels les plus compétents, les plus

[152] Conseil d'Etat, Section, 1er juillet 2019 n° 411263 ; n°420987, publiés au recueil Lebon.

neutres et les plus impliqués dans la protection de leur profession. Ensuite, les chambres disciplinaires ne sont pas composées uniquement de conseillers ordinaux : les chambres disciplinaires de première instance sont présidées par un magistrat administratif et la chambre disciplinaire nationale est présidée par un magistrat conseiller d'État. Ainsi, un juge professionnel apporte son concours et son expertise à la prise de décision, ce qui permet de s'assurer que l'instance respecte les règles du procès administratif. Par ailleurs, c'est le Conseil d'État qui juge en droit en dernier ressort, les décisions des conseillers ordinaux font donc l'objet d'une série de relectures par des membres de la juridiction administrative et les médecins visés par une plainte disposent de recours contre les décisions des chambres disciplinaires.

La procédure ordinale intervient donc en complément de toutes les procédures civiles, administratives, pénales et disciplinaires évoquées successivement dans le développement. Elle permet d'apporter un aspect plus technique et concret aux décisions s'appliquant aux médecins. Le fait qu'elle poursuive des enjeux distincts de la responsabilité civile permet d'en combler les lacunes, notamment s'agissant de la sanction des médecins. Par ailleurs, son objectif de protection de la profession médicale permet de nuancer les conséquences des autres responsabilités sanctionnatrices. Son indépendance vis-à-vis de celles-ci lui confère une liberté d'appréciation intéressante s'agissant du contentieux médical dans son ensemble.

Conclusion

L'activité médicale est une source de contentieux importante, c'est donc une parfaite illustration des évolutions susceptibles d'affecter le régime juridique du droit de la responsabilité. Sa construction riche et complexe, marquée par une pratique délicate et la conciliation d'intérêts parfois antagonistes en font une matière intéressante, dont l'étude fait apparaître des enjeux et des questionnements à la fois juridiques, scientifiques et humains. Le développement s'est ici concentré sur un aspect particulièrement technique et mouvant du contentieux médical : la responsabilité. Le droit de la responsabilité médicale se développe continuellement sous les impulsions des besoins de la population en termes de protection de leurs droits, des progrès de la science et des conditions d'exercice de la médecine. Des réformes successives ont modernisé et affiné la matière depuis la seconde guerre mondiale afin de s'adapter au fonctionnement des établissements de santé, de préserver les libertés individuelles et de favoriser l'accès aux soins.

La responsabilité médicale comprend plusieurs types de responsabilités répondant à des enjeux distincts, mais constituant un vaste champs visant la protection de la santé. En effet, une telle activité peut être génératrice de fautes de différentes natures, portant atteinte à différents intérêts. Il a donc fallu construire des régimes susceptibles de se répondre et se compléter afin de protéger tous les acteurs et de couvrir tous les enjeux inhérents à l'activité médicale.

La nation garantit à tous la protection de la santé[153], les juges et le législateur s'efforcent donc de mettre en place des mécanismes garantissant cela, avec le concours des établissements de santé et des professions de santé dans leur ensemble. Lorsque la prise en charge destinée à permettre la réalisation de ce droit cause un préjudice au patient, il est fondamental de le réparer efficacement : c'est le rôle de la responsabilité civile ou administrative. Son régime vise la protection de la victime, mais présente certaines lacunes. En effet, l'exercice en établissement de santé est davantage générateur de responsabilité civile ou administrative hospitalière. Les fautes personnelles susceptibles de permettre un engagement de la responsabilité civile personnelle des médecins sont de plus en plus rares, au profit des fautes de service, supportées par l'hôpital lui-même. Les établissements de santé, qu'ils soient publics ou privés, subissent donc une pression de plus en plus importante.

[153] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

C’est pourquoi des régimes de responsabilité à visée sanctionnatrice ont été mis en place et pensés de manière à répondre aux enjeux non envisagés par la responsabilité réparatrice. La responsabilité pénale permet notamment une condamnation et une sanction de l’auteur réel de la faute pénale, ce qui permet de limiter le risque de récidive et de mise en péril du fonctionnement de l’hôpital, ainsi qu’une responsabilisation des pratiques. Un mouvement de « pénalisation » de la santé s’observe donc, la responsabilité pénale étant de plus en plus vue comme un complément adéquat aux insuffisances de la responsabilité civile. Toutefois, les apports de ce courant sont à nuancer. La loi Fauchon du 10 juillet 2000 a élargi les possibilités d’engagement de la responsabilité pénale des professionnels de santé en cas de délit non intentionnel, la loi Kouchner du 4 mars 2002 a consacré des droits des malades et affiné les régimes de responsabilité médicale, la santé s’est démocratisée avec l’abandon de l’idée du paternalisme médical, l’activité médicale s’est complexifiée… Ces éléments ont entraîné une augmentation de l’engagement de la responsabilité des professionnels de santé en général, ce qui fait craindre aux médecins une perte de confiance dans le système de santé et une mise en difficulté de leur activité. Cependant, les pouvoirs publics et les juges sont conscients des intérêts en tension : il faut parvenir à protéger les droits des malades tout en préservant les conditions d’exercice de la médecine. Les réformes de l’activité hospitalière et la pratique jurisprudentielle ont donc parallèlement amélioré le fonctionnement de la solidarité nationale, redéfinit la protection fonctionnelle dont bénéficient les médecins exerçant à l’hôpital et restreint les fautes susceptibles d’engager la responsabilité civile personnelle des professionnels de santé exerçant en établissement de santé.

Par ailleurs, les régimes de responsabilité disciplinaire et ordinale font l’objet de modernisation afin d’en favoriser l’utilisation. Ils apparaissent en effet comme des recours souhaitables en la matière, car ils permettent une implication de deux acteurs majeurs du système de soins dans le contentieux : les établissements de santé et la communauté médicale.

L’articulation des régimes de responsabilité à visée réparatrice et sanctionnatrice existant en la matière est donc fondamentale pour créer un environnement juridique cohérent, protecteur et complet. Les droits des malades sont ainsi efficacement garantis et l’activité médicale des hôpitaux et des médecins est protégée.

Normes juridiques

Codes :

Code des assurances

Code des assurances

Code civil

Code général de la fonction publique

Code pénal

Code de la santé publique

Circulaires :

Circulaire FP B8 n° 2158 du 05 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'Etat

Conventions :

Convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002, IDCC 2264

Convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951. IDCC 29

Décrets :

Décret n° 2022-134 du 5 février 2022 relatif au statut de praticien hospitalier. JORF n° 0031 du 6 février 2022

Décret n° 2021-1645 du 13 décembre 2021 relatif au personnel enseignant et hospitalier des centres hospitaliers et universitaires, JORF n° 0291 du 15 décembre 2021

Décret n° 2017-97 du 26 janvier 2017 relatif aux conditions et aux limites de la prise en charge des frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales par l'agent public ou ses ayants droit, JORF n° 0024 du 28 janvier 2017

Décret n° 2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, JORF n° 0073 du 27 mars 2007

Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, JORF n° 0209 du 8 septembre 1995

Décret n°89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière, JORF du 9 novembre 1989

Décret n°84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires, JORF du 25 février 1984

Décret n°43-891 du 17 avril 1943 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 21 décembre 1941 relative aux hôpitaux et hospices publics

Directives :

Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE L 210 du 7 août 1985

Lois :

Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, JORF n° 0094 du 21 avril 2016

Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n° 0238 du 12 octobre 2013

Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF n°0167 du 22 juillet 2009

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n° 0059 du 10 mars 2004

Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, JORF n° 0293 du 19 décembre 2003

Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, JORF du 31 décembre 2002

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

Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JORF n° 0159 du 11 juillet 2000

Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JORF n° 0117 du 21 mai 1998

Loi Évin du 31 juillet 1991 n°91-748 portant réforme hospitalière, JORF n°179 du 2 août 1991

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983

Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JORF du 6 août 1982

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975

Loi Boulin du 31 décembre 1970 n°70-1318 portant réforme hospitalière, JORF du 3 janvier 1971

Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, JORF du 29 décembre 1967

Loi du 1er juillet 1964 n°64-643 relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et la répression des infractions à certaines dispositions du code de la Santé publique, JORF du 2 juillet 1964

Loi du 21 décembre 1941 réorganisation des hôpitaux et des hospices civils, JORF du 30 décembre 1941

Ordonnances :

Ordonnance n° 2021-292 du 17 mars 2021 visant à favoriser l'attractivité des carrières médicales hospitalières, JORF n° 0066 du 18 mars 2021

Ordonnance n° 58-1373 du 30 décembre 1958, relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale, JORF n°0307 du 31 décembre 1958

Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, JORF n°0235 du 6 octobre 1945

Textes constitutionnels :

Constitution du 4 octobre 1958, JORF du 5 octobre 1958

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

Bibliographie

Ouvrages :

AUMONIER, Nicolas ; BEIGNIER, Bernard ; LETELLIER, Philippe. *L'euthanasie*. 2017. Presses Universitaires de France

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 14e édition, 2000. Montchrestien

GUETTIER, Christophe ; LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 13e édition, 2023/24. Dalloz action

MAUGÜE, Christine ; THIELLAY, Jean-Philippe. *La responsabilité du service public hospitalier*. 2010. LGDJ

MISTRETTA, Patrick. *Droit pénal médical, contentieux médical, responsabilité pénale, droit du patient*. 2ème édition, 2022. LGDJ

MOQUET-ANGER, Marie-Laure. *Droit Hospitalier*. 7ème édition, 2024. LGDJ

SAVATIER, René ; PEQUIGNOT, Henri ; AUBY, Jean-Marie ; SAVATIER, Jean. *Traité de droit médical.* 1956. Revue internationale de droit comparé.

Articles et chroniques :

AMOIKON, Désiré. *La responsabilité administrative liée à la pratique médicale*. Village de la Justice. 2021

BLOCH, Laurent. Responsabilité médicale - Faute dans la réalisation d'un geste : la preuve encore assouplie. *Responsabilité civile et assurances n° 9*. Commentaire 206. Septembre 2023. Lexis 360

CHEVALIER, Pierre. Les revues d'analyse des accidents médicaux : quelles incidences sur la responsabilité médicale des médecins et soignants ? *RDSS*, Page 1080. 14 novembre 2008. Dalloz.fr

Conseil d'État. L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics. *Dossier Thématique*. 5 janvier 2015

GENTILI, Marc. *Éléments pour une histoire de l'hôpital*. Hegel 2017/2 n°2. Cairn.info

GROSSHOLZ, Caroline. Hôpitaux : régimes de responsabilité et de solidarité. *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*. Dalloz. Février 2018. Dalloz.fr

Haut Conseil de la Santé Publique. Droit des malades et amélioration des soins. *Tribunes*. ADSP n°36. Septembre 2001

HOCQUET-BERG, Sophie. Accident médical - Les dommages résultant d'une vaccination non obligatoire peuvent être indemnisés au titre de la solidarité nationale. *Responsabilité civile et assurances n° 6*. Commentaire 142. Juin 2023. Lexis 360

HOCQUET-BERG, Sophie. Risque médical - La solidarité au secours de la responsabilité : les principaux apports de la loi About. *Responsabilité civile et assurances n° 4*. Dossier 19. Avril 2023. Lexis 360

KNETSCH, Jonas ; LASSALLE, Maxime. La responsabilité des professionnels de santé face au tri des patients : dilemme éthique ou question juridique ? *Recueil Dalloz*, Page 286. 17 février 2022. Dalloz.fr

LAUDE, Anne ; MATHIEU, Bertrand ; TABUTEAU, Didier. Chapitre 1 – La responsabilité pour faute du dommage sanitaire. Droit de la santé, 3ème édition. *Presses Universitaires de France*. 2012. Cairn.info

MASCF. *Devenir médecin salarié : 10 points clés pour tout comprendre*. 20 octobre 2023. MACSF.fr

MACSF. *Bilan 2022 des décisions issues des procédures pénales*. 26 septembre 2023. MACSF.fr

MACSF. *Infographie – Responsabilité médicale : indemnisations les plus élevées*. 26 septembre 2023. MACSF.fr

MACSF. *La sinistralité des professionnels de santé : les chiffres clés 2022*. 29 septembre 2023. MACSF.fr

MACSF. *Responsabilité médicale : le rapport 2020 de la MACSF marqué par la sévérité des tribunaux*. 29 septembre 2020. MACSF.fr

MACSF. *Rapport sur les risques des professionnels de santé*. 7 octobre 2019. MACSF.fr

MAYAUD, Yves. Violences involontaires : applications et illustrations – Médecins et professionnels de santé. *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*. Dalloz. Janvier 2002. Dalloz.fr

MISTRETTA, Patrick. Pénalisation de la santé ? Dossier : les juges de la santé. *RDSS*, Page 41. 31 décembre 2023. Dalloz.fr

MISTRETTA, Patrick. De l'homicide involontaire ou des limites d'une incrimination en matière médicale. *RDSS*, Page 889. 14 décembre 2000. Dalloz.fr

MOQUET-ANGER, Marie-Laure. Chronique - Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. Décisions d'octobre 2022 à mars 2023. *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 34*. 28 août 2023. Lexis 360

MOQUET-ANGER, Marie-Laure ; MUSCAT, Hélène. Obligation in solidum entre co auteurs publics et privés. Chronique - Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. Décisions d'octobre 2022 à mars 2023. *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 34*. 28 août 2023. Lexis 360

MUSCAT, Hélène. Chronique - Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. Décisions d'octobre 2022 à mars 2023. *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 34*. 28 août 2023. Lexis 360

MUSCAT, Hélène. Responsabilité médicale - Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière. - Décisions d'avril 2021 à septembre 2021. *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 4*. 31 janvier 2022. Lexis 360.

PONTIER, Jean-Marie. Dépakine : un nouveau fonds, *AJDA* 2016. p.2065. 2016

SAUVAGE, Nathalie. L'employeur doit assumer la responsabilité des professionnels de santé qu'il salarie. *Droit, Déontologie et Soins, n°4, volume 5*. 2005. ScienceDirect

SUBE, Julien. *Responsabilité médicale et indemnisation des préjudices liés aux actes médicaux*. Daumas-Wilson & Associés

TERRIER, Emmanuel ; PENNEAU, Jean. Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires. *Répertoire de droit civil, Dalloz*. Octobre 2020. Dalloz.fr

Divers :

Centre National de Gestion. *Guide des Situations individuelles complexes des praticiens hospitaliers*. Février 2023. cng.sante

Centre National de Gestion. *La procédure disciplinaire*. cng.sante

Conseil national de l'ordre des médecins. *Code de déontologie médicale et ses commentaires*. Juin 2022

Conseil National de l'Ordre des Médecins. *La Protection Fonctionnelle*. Décembre 2020

Dictionnaire de l'Académie française

Lamy de Droit de la Santé

Lamy de Droit Civil

Lexique des termes juridiques. 31e édition, 2023-2024. Lefebvre Dalloz

Liaisons sociales. *Les Thématiques* : La Responsabilité Pénale de l'Employeur. Cas particulier des professions à forte dépendance. Nº 113, Section Le point spécial, 1er novembre 2023. Lamyline

PUIGELIER, Catherine. *Dictionnaire juridique*. 4ème édition. 25 janvier 2023

Rapports :

ONIAM. Rapport d'activité 2023

ONIAM. Rapport d'activité 2015 de l'Observatoire des Risques Médicaux

Table des matières

Sommaire I

Liste des abréviations II

Introduction 1

Titre 1 : Une activité médicale caractérisée par sa dangerosité génératrice de responsabilité civile 9

Chapitre 1 : Une responsabilité civile personnelle des médecins hospitaliers de plus en plus difficile à engager 9

Section 1 : Un refus quasiment systématique des juges de qualifier une faute personnelle 10

I- Une reconnaissance de la notion de faute de service associée à un déclin de la faute lourde 10

II- Un abandon progressif de la notion de faute personnelle permis par des garanties en termes de réparation 13

Section 2 : L'absence de reconnaissance symbolique des fautes des médecins lié au refus d'utilisation de l'action récursoire par les hôpitaux 18

I- Un refus de principe par les hôpitaux de recourir aux actions récursoires contre leurs médecins 18

II- Une responsabilisation des médecins permis par le mécanisme de la responsabilité in solidum 21

Chapitre 2 : L'enjeu fondamental de la réparation des dommages des victimes en raison de leur particulière gravité 25

Section 1 : Un contentieux généré par le développement des droits des patients et un accroissement de la dangerosité des actes médicaux 25

I- Un accroissement significatif de la dangerosité des actes médicaux impliquant une augmentation des dommages 25

II- Un développement des droits des malades imposé par la recherche d'équilibre dans la relation patient-médecin 29

Section 2 : Un rapprochement progressif des régimes de responsabilité civile des médecins agents publics et des médecins salariés 33

I- Le recours au régime de responsabilité du commettants du fait de leurs préposés permettant une équité entre usagers des établissements publics et privés 34

II- La subsistance de différences rendue inévitable par les missions particulières du service public 37

Titre 2 : Les responsabilités à visée sanctionnatrice à l'appui d'une responsabilité civile peinant à garantir les droits des patients 42

Chapitre 1 : Une protection des droits des victimes de dommages liés à l'activité médicale grâce à la responsabilité pénale 42

Section 1 : Un juge pénal protecteur des libertés individuelles plus enclin à retenir la responsabilité du médecin 43

I- Le droit pénal et ses enjeux au service des libertés individuelles en tension dans l'activité médicale 43

II- La délicate responsabilité pénale des acteurs du système de santé 46

Section 2 : Une pénalisation de l'activité médicale susceptible de porter atteinte à l'indépendance des médecins dans l'exercice de leur art 50

I- Une activité médicale confrontant risque de dommage pour les malades et risque judiciaire pour les médecins..... 50

II- Le développement de garanties de l'obligation déontologique d'indépendance professionnelle des médecins..... 54

Chapitre 2 : Une protection de l'ensemble de la profession de médecin grâce aux responsabilités ordinales et disciplinaires..... 58

Section 1 : Des sanctions disciplinaires atteignant directement l'exercice professionnel pour mieux préserver les malades et les structures hospitalières 58

I- Une responsabilité disciplinaire particulière s'agissant des médecins hospitaliers 58

II- Un régime disciplinaire complémentaire à celui de la responsabilité hospitalière à visée réparatrice 62

Section 2 : Une modernisation du régime de responsabilité ordinale afin de garantir le respect de la déontologie médicale..... 65

I- Un enjeu de mise en péril de la profession médicale justifiant l'exclusion traditionnelle des patients du contentieux..... 66

II- Un jugement par les pairs induisant un risque de partialité..... 69

Conclusion 73

Normes juridiques..... 75

Bibliographie..... 78

Table des matières..... 82

L’exercice de la médecine est particulièrement délicat d’un point de vue scientifique, juridique et éthique. Les médecins peuvent être conduits à causer des préjudices à des patients lors d’une prise en charge hospitalière, des questions en termes de responsabilité se posent alors. Le statut des médecins et des établissements de santé a un impact sur l’application des régimes des responsabilités réparatrices, de même que la qualification des faits à l’origine des dommages. Le rôle des juges et du législateur en la matière est donc fondamental.
L’activité hospitalière peut également mobiliser des régimes de responsabilité sanctionnatrices. Les faits commis peuvent revêtir la nature de fautes pénales, disciplinaires ou ordinales, les enjeux sont alors différents. Par conséquent, il faut appliquer de façon complémentaire les régimes des responsabilités réparatrices et sanctionnatrices.
L’articulation de ces régimes de responsabilité permet dans le même temps une protection des droits des malades et une protection des conditions d’exercice de la médecine.

Mots clés : Déontologie, Dommage, Droit des malades, Faute de service, Indépendance professionnelle, Interdiction d’exercice, Réparation, Responsabilité, Santé, Victime

---

The practice of medicine is particularly delicate from a scientific, legal and ethical point of view. Doctors may cause harm to patients during medical treatment in hospital, which raises questions of liability. The status of doctors and healthcare facility has an impact on the application of liability regimes, as does the characterisation of the facts giving rise to the damage. Therefore, the role of judges and legislator in this area is fundamental.
Hospital activity can also give rise to punitive liability. The acts committed may be a criminal, disciplinary or professional offense, in which case the stakes are different. Consequently, the repairing and punitive liability regimes must be applied in a complementary way.
Combining these liability regimes simultaneously protects patient’s rights and the conditions of medical practice.

Key words : Damage, Deontology, Health care, Liability, Patient’s rights, Professional disqualification, Professional independence, Repairing, Service fault, Victim